

COMENTARIOS CRÍTICOS ACERCA DEL NUEVO REGLAMENTO COMUNITARIO DE CONCENTRACIONES

Luis BERENGUER FUSTER

Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El año 2004 fue un año pródigo en acontecimientos en la vida de la Unión Europea. Tal vez, si se quisieran realizar comparaciones, podría indicarse que ha sido el año más trascendente de todos desde el inicio del proceso de construcción europea: se ha producido la mayor ampliación hasta el momento llevada a cabo, y se ha aprobado el Tratado de la Constitución Europea que, aunque sea de resultado incierto por los problemáticos procesos de ratificación pendientes, constituye un importante paso adelante. También ha tenido lugar la elección de un nuevo Parlamento y la constitución de una nueva Comisión, en la que no estará el Comisario hasta ese momento encargado de la responsabilidad de la competencia, el italiano Mario Monti. También, aun salvando las distancias, y quedándonos en el específico campo de la competencia, el año 2004 puede señalarse como el año en el que se aprobó un nuevo Reglamento de concentraciones: el Reglamento 139/2004, culminándose con tal aprobación el proceso de reforma del Derecho comunitario de la competencia.

Desde luego la ausencia de Monti en el nuevo Colegio de Comisarios no se debe a que haya desempeñado inadecuadamente las responsabilidades que se le han encomendado (primero, mercado interior y, posteriormente, competencia), sino al peculiar sistema de nombramiento de los Comisarios por los Gobiernos, que responde normalmente a equilibrios políticos internos, y no hay que olvidar que en Italia los equilibrios internos han sido siempre especialmente delicados. Y si no, piénsese que la Comisión Durao Barroso estuvo a punto de ser rechazada, precisamente porque el Parlamento Europeo no dio su conformidad al Comisario que el Gobierno italiano había nombrado en primer lugar. Pero, en fin, ésa es otra historia.

El caso es que Monti no sigue siendo Comisario, y cuando se ha llevado tan importante tarea como él ha efectuado en el campo de la competencia, resulta necesario tener algunas palabras de reconocimiento a la labor efectuada. Porque desde finales de los años noventa, en el Derecho comunitario de la competencia se ha llevado a cabo un radical proceso de transformación iniciado por el antecesor de Monti, el belga Karel van Miert, pero que su sucesor ha sabido llevar a buen término.

Este proceso se ha caracterizado no tanto por el buen número de normas aprobadas, sino por la nueva orientación que tales normas han supuesto en uno de los sectores del Derecho comunitario que, sin duda, tiene mayor trascendencia para las empresas. La reforma ha supuesto la introducción de nuevos criterios para la percepción y persecución de las conductas anticompetitivas, criterios tales como la introducción del análisis económico, la apreciación del poder del mercado, la desburocratización de los procedimientos y la descentralización. En definitiva, una búsqueda de cierta convergencia con el Derecho de la competencia de los Estados Unidos. Y si esta afirmación tiene sentido en el campo de las conductas, también a ella habrá que acudir a lo largo de este trabajo para fundamentar algunos de los cambios efectuados en materia de concentraciones. E incluso para criticar algunas tibiezas en la reforma del control de concentraciones que han impedido dar pasos más significativos a favor de esa convergencia.

Cuando la más ardua tarea de reforma en materia de conductas estaba encaminada (se habían aprobado algunos de los Reglamentos de exención por categorías y, sobre todo, los principios más significativos en los que iba a basarse la reforma, contenidos en el Libro Blanco sobre Modernización, habían sido aceptados y había una propuesta de Reglamento que iba a sustituir al Reglamento 17 de 1962 en materia de procedimiento), en diciembre de 2001 la Comisión elaboró un Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/1989¹, que fue sometido a amplio debate, en el que intervinieron todos los sectores interesados². Tras el debate, la Comisión, en enero de 2003, publicó su propuesta de Reglamento³, en la que, en ciertos apartados, se separaba de sus propias posturas apuntadas en el Libro Verde⁴. Finalmente, en enero de 2004 quedó aprobado el Re-

¹ Libro Verde de la Comisión sobre la modificación del Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4064/89, COM (2001) final. *Boletín UE*, de 21 de diciembre de 2001, Competencia (1/34).

² Las respuestas, muchas de ellas de gran interés, han sido colgadas en la página *web* de la Comisión: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/review/comments.html>. Merece la pena una lectura de los comentarios allí vertidos para comprobar como si, a veces, la Comisión se muestra permeable a las opiniones vertidas en el período de consultas, el Consejo, que en definitiva es el único órgano legislador en esta materia, tiende a ignorar tales opiniones. La misma observación podría hacerse de la permeabilidad del Consejo de las opiniones del Comité Económico y Social o del Parlamento Europeo que, en esta materia, apoyaron en líneas generales las propuestas de la Comisión contenidas en el Libro Verde.

³ *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*, 28 de enero de 2003, C 20/19 y ss.

⁴ Tanto el Libro Verde como la propuesta de Reglamento han sido objeto, entre nosotros, de múltiples comentarios. Ver C. ESTEVA MOSSO, «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de

glamento núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas⁵, en un período de tiempo relativamente corto si tenemos en cuenta los diferentes puntos de partida existentes y el calado de alguna de las modificaciones propuestas, pero esa rapidez en la aprobación encuentra su razón de ser en la necesidad de que el nuevo Reglamento entrara en vigor el primero de mayo de 2004, coincidiendo con la ampliación de la Unión Europea, y también, en cierta medida, en el hecho de que la previa publicación del Libro Verde había permitido que las posturas se fueran decantando.

Si analizamos las reformas llevadas a cabo en materia de control de concentraciones por el Reglamento 139/2004 dentro del conjunto de reformas habidas en el Derecho comunitario de la competencia, tiene razón quien afirma que las novedades introducidas respecto del Reglamento 4064/1989, modificado parcialmente por el Reglamento 1310/1997⁶, son más limitadas que las introducidas en el caso de las conductas, que supusieron una verdadera revolución⁷, pero ello obedece a unas razones muy claras. En materia de conductas, el Reglamento básico databa del año 1962, cuando las primitivas Comunidades Europeas estaban dando los primeros pasos, no existía claridad suficiente sobre la orientación que debería adoptar la política de la competencia, y se trataba de una Comunidad a seis miembros. Sin embargo, el Reglamento de concentraciones databa de 1989, con una Comunidad a doce miembros, con una política de la competencia claramente definida y sobradamente experimentada, y, sobre todo, con unas instituciones consolidadas. Por ello no resulta una exageración afirmar que, mientras en materia de conductas, el Reglamento 17 constituía una rémora para la actuación de la Comisión y un pesado lastre para las empresas, el Reglamento de concentraciones respondía a criterios más actuales y permitía una actuación más flexible de las autori-

control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, pp. 77-96; S. MARTÍNEZ LAGE, «La reforma del Reglamento Comunitario de Concentraciones», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia (GJ)*, núm. 5, mayo/junio 2003, pp. 3-11; L. BERENGUER FUSTER, «La Reforma del Reglamento Comunitario de Concentraciones», *El Derecho, Diario de Jurisprudencia*, año X, núm. 1982, 12 de noviembre de 2003, pp. 1-8; «La Reforma del Reglamento de Concentraciones: del Libro Verde a la propuesta de la Comisión», L. ORTIZ y R. GUIRADO (eds.), *Derecho de la Competencia Europeo y Español*, vol. V, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 349-375.

⁵ *Diario Oficial de la Unión Europea*, 29 de enero de 2004, L24/1 y ss. También este Reglamento ha sido objeto de comentarios entre nosotros. Ver J. PASCUAL Y VICENTE, «Nueva política europea de control de concentraciones: el Reglamento (CE) 139/2004», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 231, mayo-junio 2004, pp. 57-70; N. CALVIÑO, «El Reglamento 139/2004: Novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 57-87. Este trabajo tiene la indudable ventaja de estar realizado por quien participó, representando a España, en la elaboración del Reglamento por el Consejo, por lo que facilita valiosos datos sobre el proceso de debate que tuvo lugar sobre los puntos más controvertidos.

⁶ El Reglamento(CEE) núm. 4064/1989 sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DOCE, L257, 21 de septiembre de 1990) fue parcialmente modificado por el Reglamento (CE), núm. 1310/1997 del Consejo, de 30 de junio de 1997 (DOCE, L180/1, 9 de junio de 1997).

⁷ N. CALVIÑO, *op. cit.*, pp. 59-59.

dades de la competencia. Y aunque la notificación de las concentraciones siempre suponga una carga para las empresas, la flexibilidad del procedimiento contribuía a aligerar esa carga.

Pero, aun partiendo de esa realidad, hay un elemento que llama la atención a la hora de comparar las reformas en materia de conductas con las referidas al control de concentraciones. Si es evidente que las primeras eran realmente revolucionarias y suponían un cambio radical del sistema preexistente, mientras que las segundas han sido mucho más limitadas, no puede dejar de llamar la atención que los textos definitivamente aprobados por el Consejo difieran de las propuestas de la Comisión, más en el caso de concentraciones que en el caso de conductas, incluso, en este último campo, a pesar de la fuerte oposición del *Bundeskartellamt* a la denominada «modernización».

Esta realidad no puede ser comprendida si no se reflexiona sobre los antecedentes. No voy a insistir sobre el hecho sobradamente sabido de que el Tratado CEE (a diferencia del Tratado CECA) no contenía normas que previeran el control de concentraciones, ni que la Comisión intentara ese control utilizando bien el art. 81⁸ del Tratado, bien el 82⁹, sino simplemente a reflexionar sobre el porqué de tantas dificultades para aprobar normas en materia de concentraciones. O, por decirlo de otra manera, por qué el Consejo muestra en este campo tantas reticencias a las propuestas de la Comisión¹⁰. Porque la cuestión no es nueva, no es un fenómeno que se haya presentado con ocasión de la actual reforma, sino que ha ocurrido siempre. Baste con recordar las dificultades existentes para la aprobación del Reglamento 4064 o el hecho de que este Reglamento no se aprobara hasta 1989, aunque hubiera habido múltiples intentos anteriores, para comprobar la realidad de esta afirmación.

En efecto, aunque la Comisión era consciente desde los años sesenta del pasado siglo de la insuficiencia de los mecanismos de los arts. 81 y 82 del Tratado para lograr un adecuado control de las concentraciones que diera respuesta a los problemas de competencia a que éstas daban lugar, es a partir del debate abierto como consecuencia de la sentencia *Continental Can* de 1972 cuando se puso de manifiesto la necesidad de elaborar un Reglamento destinado a lograr el control de las concentraciones de las empresas, e incluso la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno celebrada ese año en París aprobó un documento, en el que se instaba a la Comisión a presentar una propuesta de Reglamento que estableciera el control de concentraciones. La Comisión presentó su propuesta en

⁸ Sentencia del TJ de 17 de noviembre de 1987, en el Asunto Philip Morris.

⁹ Sentencia del TJ de 21 de febrero de 1973, en el asunto *European Corporation* y *Continental Can*. Comisión Europea.

¹⁰ El Parlamento Europeo, que en este campo se ha mostrado tradicionalmente conforme con las propuestas de la Comisión, no actúa como colegislador y, como se ha indicado con anterioridad, sus informes y enmiendas, cuando no interviene en el proceso legislativo más que por la vía de emisión de informes, son tradicionalmente ignorados por el Consejo.

1973, y posteriormente hubo de modificarla en los años 1982, 1984, 1986 y, finalmente, en 1987, todo un record, hasta que definitivamente, en 1989, tuvo lugar la aprobación del Reglamento¹¹.

Es cierto que en la aprobación inicial del Reglamento hubo problemas derivados de las diferentes concepciones acerca del fenómeno de las concentraciones entre los diferentes Estados. Mientras los países fuertemente industrializados se mostraban partidarios de un fuerte sistema de control, los países con menor peso industrial y con menor tamaño de sus empresas mostraron, desde el principio, sus reticencias por cuanto que interpretaban que al limitar las posibilidades de que sus empresas se concentraran se pretendía impedir que adquirieran un mayor tamaño que les permitiera competir con las de los países más industrializados¹².

Pero si esa razón tuvo su peso determinante en los retrasos e inconvenientes para la aprobación del primer Reglamento de concentraciones, de hecho hay una razón de mayor peso que contribuye a dificultar los textos normativos comunitarios en materia de concentraciones, y esa razón radica en la tradicional tendencia de los Estados miembros a rechazar fortalecer las competencias de la Comisión Europea en determinadas áreas, entre ellas la referida al control de las concentraciones, porque supone entregar a la Comisión un poderoso instrumento de política industrial, instrumento que perderían los Estados. Esas reticencias se pusieron de manifiesto no sólo a la hora de redactar el primitivo Reglamento 4064/1989, sino también con ocasión de su reforma, y son fáciles de visualizar si analizamos las dificultades que tuvo la Comisión a la hora de pretender rebajar los umbrales para establecer qué concentraciones deberían tener dimensión comunitaria¹³, es decir, sobre cuáles son las concentraciones a las que se extiende la competencia de la Comisión. Pero no sólo sobre estos extremos muestran reticencias los Estados. Si analizamos las propuestas, tanto del Libro Verde de 1996¹⁴ como las del Libro Verde de 2001, anteriormente citado, e incluso las propuestas de Reglamento realizadas por la Comisión y las comparamos con los textos definitivamente aprobados, también se producen divergencias en otros aspectos, tales como la pretensión de ampliar el concepto de concentración, que también supondría una ampliación de las competencias de la Comisión. Se constata así una recurrente resistencia de los Estados a per-

¹¹ R. ALONSO SOTO, «La aplicación del art. 85 del Tratado CEE a las concentraciones de empresas», *Revista de Instituciones Europeas*, 1988, p. 780.

¹² M. WAELBROEK y A. FRIGNANI, *Derecho europeo de la competencia*, versión española de Sáenz-Cortabarría y Morales, t. II, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 1137-1138; L. M.^a MIRANDA SECO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 194 ss; ALONSO SOTO, *op. cit.*, p. 781.

¹³ M. MEROLA, «El nuevo control comunitario de las concentraciones de empresas: el Reglamento núm. 1310/97 que modifica el Reglamento núm. 4064/89», *Derecho de los Negocios*, año 9, núm. 90, marzo 1998, pp. 2-3.

¹⁴ Libro Verde relativo a la revisión del Reglamento sobre concentraciones, Documento COM (96) final, de 31 de enero de 1996.

mitir que la Comisión adquiriera más competencias en el campo del control de operaciones de concentración.

Hay algunas razones que, igualmente, vienen a explicar los cambios producidos en las tres etapas en las que podría dividirse el proceso pre-legislativo y legislativo (Libro Verde, propuesta de la Comisión y texto aprobado por el Consejo). Y entre ellas no puede olvidarse el efecto traumático que causaron tres sentencias dictadas durante el año 2002, es decir, entre el Libro Verde y la propuesta de Reglamento, anulando otras tantas decisiones de la Comisión que declaraban tres operaciones de concentración incompatibles con el mercado común¹⁵. Estas bien conocidas sentencias del Tribunal de Primera Instancia, recaídas en los procedimientos *Airtours/First Choice*¹⁶, *Legrand/Schneider*¹⁷ y *Tetra Laval/Sidel*¹⁸ supusieron un duro varapalo a la política de la Comisión en materia de concentraciones, por mucho que los propios funcionarios de la DG Competencia, y a la cabeza de todos ellos el Comisario Monti¹⁹, se empeñaran en manifestar que las sentencias no ponían en cuestión la política de la Comisión.

La primera de las sentencias dictadas, sobre la que se volverá más tarde por la trascendencia que tuvo en la redacción del Reglamento, desautoriza determinada aplicación del concepto de posición de dominio colectiva realizada por la Comisión. En la Sentencia *Legrand/Schneider* se anula la decisión de la Comisión por considerar que no existen evidencias suficientes para afirmar que, como consecuencia de la operación, se crearía o fortalecería una posición de dominio. Finalmente, la Sentencia *Tetra Laval/Sidel* negaba los puntos en los que la Comisión había basado la consideración de que la concentración, que era de las del tipo «conglomerados», produciría el refuerzo de la posición dominante de la entidad resultante²⁰.

¹⁵ N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 64, añade también como un factor significativo en la redacción del Reglamento las contradictorias decisiones dictadas por las autoridades americanas y la Comisión Europea en el asunto *General Electric/Honeywell*; L. BERENGUER, «La reforma del Reglamento de concentraciones: del Libro Verde...», *op. cit.*, pp. 352-354.

¹⁶ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002.

¹⁷ Sentencia del TPI de 22 de octubre de 2002.

¹⁸ Sentencia del TPI de 25 de octubre de 2002.

¹⁹ Aun así, M. MONTI («Merger control in the European Union: a radical reform», *European Commission/IBA, Conference on EU Merger Control*, Bruselas, 7 de noviembre de 2002) reconocía que las sentencias supondrían una oportunidad para realizar una reforma más profunda que la inicialmente contemplada.

²⁰ Estas sentencias fueron, desde el primer momento, objeto de múltiples comentarios. Ver A. OVERD, «After the *Airtours* appeal», *European Competition Law Review*, vol. 23, núm. 8, agosto 2002, pp. 375-377; N. JALABERT-DOURY, «Concentrations et position dominante collective après l'arrêt *Airtours*: le point sur le concept, les facteurs structurels et les critères», *Cahiers de Droit de l'Entreprise*, núm. 5, año 2002, pp. 1-6; P. SPINK y Ch.-A. ONG, «Lessons in litigation: collective dominance and merger control: *Airtours* plc. V. Commission of the European Communities», *The Judicial Review*, parte 2, 2003, pp. 163-184; J.-M. THOUVENIN, «Concurrence (concentrations): après l'arrêt *Airtours*, trois nouveaux avertissements a la Commission», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, núm. 464, 2003, pp. 12-20; E. DE LA SERRE y Johanne PEYRE, «Le contrôle du juge communautaire sur les décisions d'incompatibilité en matière de contrôle des concentrations: quelques perspectives ouvertes par les arrêts *Schneider* et *Tetra Laval*», *La Semaine Juridique. Entreprises et affaires*, núm. 3.

Estas sentencias, recaídas durante el período durante el cual estaba abierto el debate sobre la reforma del Reglamento de concentraciones, necesariamente influyeron en el debate y, sin duda, en la redacción definitiva de ciertos puntos del Reglamento. Tuvieron también otras consecuencias, tales como la reorganización de la «*merger task force*» y posiblemente abrió ciertas interrogantes sobre los límites de la actuación de los poderes públicos para prohibir ciertas decisiones estratégicas de las empresas, tales como las de adquirir mayor tamaño mediante su fusión con otras empresas. Ese debate, que también tiene aportaciones en España tras haberse dictado dos sentencias del Tribunal Supremo en las que se anulaban otras tantas decisiones del Consejo de Ministros en materia de concentraciones²¹, es un debate de mayor calado y no queda cerrado ni por la aprobación del Reglamento comunitario, ni por la futura reforma de nuestra Ley de Defensa de la Competencia. Ocasión habrá para volver sobre el particular, pero lo que ahora corresponde es comentar el contenido del Reglamento 139/2004, y ni tan siquiera ello, sino realizar unos comentarios críticos a ciertos puntos de la regulación, partiendo siempre de las propuestas del Libro Verde, y siguiendo el proceso legislativo, para acabar realizando preguntas sobre si la opción elegida ha sido la más adecuada, o sobre si ha sido acertado omitir ciertas modificaciones que habían sido apuntadas en el Libro Verde. Estos puntos se referirán especialmente a las cuestiones relativas al concepto de dimensión comunitaria, al concepto de concentración, a la mejora de los mecanismos de remisión entre la Comisión y las autoridades nacionales, a la modificación del test sustantivo y a los poderes de la Comisión en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones y condiciones impuestas en una decisión declarando compatible la operación con el mercado común, así como a otros aspectos que no se han modificado en el Reglamento, a pesar de lo que se hacía prever, bien por el contenido del Libro Verde, bien por la propuesta de Reglamento elaborada por la Comisión.

2. ANÁLISIS DE DETERMINADOS ASPECTOS DEL REGLAMENTO 139/2004

A. DETERMINACIÓN DE LA DIMENSIÓN COMUNITARIA

Cuando coexisten las normas de la competencia comunitarias con las nacionales, siempre existe el problema de analizar cuándo se aplica una norma u otra, o bien, cuando existen autoridades nacionales de la competencia junto con la Comisión Europea, es necesario determinar cuándo

²¹ La Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2002 recaída en el Asunto Salcai/Utinsa anuló el acuerdo del Consejo de Ministros que prohibió la fusión de estas dos empresas. La Sentencia TS de 2 de abril de 2002 (Prosegur/Blindados del Norte) anuló determinadas condiciones impuestas por el Consejo de Ministros a la compra de la segunda de dichas empresas por parte de la primera.

puede intervenir una u otra autoridad. En definitiva, que hay que establecer una norma de atribución de competencias.

Los arts. 81 y 82, al igual que el art. 87 referido a las ayudas públicas, utilizan para establecer la aplicación del Derecho comunitario y, en consecuencia, la competencia de la Comisión, el criterio de la afectación al comercio comunitario. El Reglamento de concentraciones utiliza el criterio de dimensión comunitaria. Según su art. 1, el Reglamento se aplica a las concentraciones de dimensión comunitaria, según se definen en los apartados 2 y 3 del mismo artículo, en cuyos apartados se determinan los umbrales cuantitativos de cifras de negocios de las empresas que se concentran, por encima de los cuales el control de la concentración cae bajo la competencia de la Comisión²².

Como es bien sabido, el texto del art. 1.2 procede de la redacción del primitivo Reglamento 4064/1989, y parte de la consideración de que la dimensión comunitaria depende de la cuantía de la cifra de negocios conjunta de todas las empresas participantes en la operación, que se estima en 5.000 millones de euros, siempre y cuando el volumen de negocios en la Comunidad de al menos dos de las empresas afectadas debe superar los 250 millones de euros, y ninguna de las empresas afectadas realice las dos terceras partes de su volumen de negocios en la Comunidad en el mismo Estado miembro.

Como puede observarse, el umbral resulta muy alto, encaminado a asegurar que exclusivamente las concentraciones en las que participaran las mayores empresas caigan bajo la competencia de la Comisión, y pone de manifiesto las reticencias de los Estados miembros a trasladar el control de las concentraciones a la Comisión. Esta afirmación queda plenamente confirmada si tenemos en cuenta las posiciones existentes en el momento de elaboración del Reglamento, y como la cifra propuesta por dos de los mayores países (Alemania y el Reino Unido) aún era superior (proponían 10.000 millones), y que en definitiva el art. 1.2 y la cifra de 5.000 millones supuso una solución de compromiso, que ciertamente satisfizo poco a la Comisión Europea, que mantuvo hasta el final la cifra de 1.000 millones, o que al menos debería descenderse hasta esa cifra trascurrido un cierto período de tiempo desde la vigencia del Reglamento²³.

²² En el Reglamento 4064/1989, en la redacción dada por el Reglamento 1310/1997, se contiene también una mención al comercio entre Estados miembros. Se trata del supuesto previsto en el art. 22 para la remisión de un expediente de concentración que no alcanza la dimensión comunitaria, desde las autoridades nacionales a la Comisión. La razón en ese supuesto para el posible conocimiento de la Comisión, siempre por iniciativa de los Estados miembros, se encuentra «en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros» (art. 22.3 del Reglamento 1310/1997). Esa exigencia se ha mantenido, aun con una diferente redacción en el art. 22.1 del Reglamento 139/2004.

²³ A. DE LA CRUZ, «El control de concentraciones en el Mercado Común y en España», *Revista General de Derecho*, julio-agosto 1991, p. 6284; R. GARCÍA VICENTE, «Reglamento Comunitario sobre el Control de Concentraciones», *Ekonomiaz, Revista Vasca de Economía*, núm. 21, p. 74.

También como reflejo de los debates, e indudablemente para obtener la conformidad de la Comisión a una cifra que se alejaba considerablemente de sus pretensiones y que disminuía su capacidad de intervención, el propio Reglamento incluyó la previsión de que la cifra de los umbrales sería revisada antes del 21 de diciembre de 1993, y que, además, la propuesta resultado de esa revisión podría ser aprobada por mayoría cualificada (art. 1.3 del Reglamento 4064/1989 en su primitiva redacción) y no por unanimidad.

Pero llegada esa fecha no tuvo lugar ninguna revisión, y hubo que esperar hasta 1996, con ocasión del Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de concentraciones, para que el debate, que permanecía latente durante todo el tiempo, sobre los umbrales establecidos para la dimensión comunitaria de las concentraciones volviera a salir a la luz pública. El debate tenía, al menos tres aspectos. El primero de ellos estaba referido a los conceptos, puesto que la competencia de la Comisión debería alcanzar a aquellas operaciones que tuvieran «efectos transfronterizos», y nadie podía afirmar que, vistos los umbrales establecidos en el art. 1.2 para la determinación de la dimensión comunitaria, «efectos transfronterizos» y «dimensión comunitaria» pudieran ser términos equivalentes. Un segundo aspecto se refería a la habitual resistencia de los Estados miembros a ampliar las competencias de la Comisión en esta materia. Finalmente existía —y existe— un problema de índole práctico puesto de manifiesto por las empresas: el problema de las plurinotificaciones, que supone incrementar los gastos de las empresas, al tiempo que genera situaciones de cierta inseguridad jurídica por la posibilidad de que recaigan resoluciones contradictorias.

La principal propuesta de la Comisión en el Libro Verde de 1996 consistía en rebajar los umbrales previstos en el art. 1.2 del Reglamento para dejarlos reducidos a la cifra de 2.000 millones de euros para el volumen de negocios mundial, y 100 millones de euros para el volumen comunitario. Como propuesta alternativa a esta reducción se añadía que las concentraciones estuvieran sujetas a notificación (fuera voluntaria u obligatoria) ante, al menos, dos autoridades nacionales de la competencia.

La Comisión era consciente de las dificultades existentes para hacer triunfar estas modificaciones, por lo que, a la hora de realizar sus propuestas, rebajó sus pretensiones y propuso la reducción de los umbrales a 3.000 millones de euros para el volumen de negocios mundial y 150 millones para el comunitaria, y como solución complementaria se establecía el criterio de la plurinotificación en tres Estados miembros.

El Consejo se negó en rotundo a modificar los umbrales contenidos en el art. 1.2, si bien ofreció fórmulas para el problema de las plurinotificaciones, que no estuvieran basadas en el hecho de que la operación estuviera sujeta a notificación ante, al menos, tres autoridades nacionales, porque consideraba que, de admitirse este criterio, la delimitación de la

competencia de la Comisión quedaría a resultas de una posible modificación de las legislaciones nacionales. En lugar de ello se aprobó una fórmula que, manteniendo en su redacción inicial el texto del art. 1.2, incluía un nuevo párrafo, en el que se pretendía objetivar la plurinotificación, estableciendo unos umbrales más reducidos en el supuesto de que las empresas afectadas estuvieran presentes con determinado volumen de negocios en, al menos, tres Estados miembros²⁴.

El resultado consiste en una alambicada fórmula contenida en el art. 1.3 que se traduce en considerar igualmente de dimensión comunitaria aquellas operaciones de concentración que, sin alcanzar los umbrales del art. 1.2, afecten a empresas cuyo volumen de negocios mundial supere los 2.500 millones de euros; que al menos en tres Estados miembros, y en cada uno de ellos, el volumen de negocios conjunto supere los 100 millones de euros, y el volumen individual de, al menos, dos empresas supere los 25 millones de euros; finalmente se exige que el volumen comunitario de, al menos, dos empresas afectadas supere los 100 millones de euros. Al igual que en el art. 1.2, se mantiene la regla negativa de los dos tercios que impide el conocimiento por la Comisión de aquellas concentraciones que tienen un centro de gravedad nacional.

Esta complicada fórmula pretendía resolver el problema del conocimiento por parte de la Comisión de las concentraciones que tuvieran efectos transfronterizos, pero renunciaba a dar una solución al problema de las notificaciones múltiples, desde el momento en que se consideraba inoportuno hacer depender la competencia de la Comisión de la decisión unilateral de un Estado miembro, si varía sus propios umbrales.

En consecuencia, la fórmula del art. 1.3 no tuvo efecto para reducir las plurinotificaciones, tal vez porque no lo pretendiera, y existió un buen número de notificaciones que no caía bajo el supuesto del art. 1.3 y debería ser tramitado por tres o más autoridades nacionales²⁵. Por ello en el Libro Verde de 2001 se vuelve a plantear la cuestión de los umbrales con

²⁴ M. MEROLA, *op. cit.*, p. 5. Este comentarista señala (p. 6) que, a diferencia del Reglamento 4064/1989, que preveía la revisión de los umbrales por mayoría cualificada, el Reglamento 1310/1997 no contiene ninguna previsión al respecto, por lo que debe entenderse que las modificaciones de los umbrales sólo podría llevarse a cabo por unanimidad, con lo cual las posibilidades de revisión de los umbrales quedaban considerablemente reducidas. El tiempo ha venido a darle la razón.

²⁵ En el Libro Verde de 2001 (apartado 24) se señala que en el año 2000 solamente se notificaron 20 asuntos de conformidad con el apartado 3 del art. 1, mientras que hubo 75 notificaciones múltiples en tres o más Estados miembros. Y sigue añadiendo: «*El fracaso del apartado 3 del art. 1 también se refleja en que en 2000 solamente un 5 por 100 de todas las notificaciones se hicieron de conformidad con este artículo, lo que constituye una disminución significativa del nivel ya de por sí bajo registrado en 1999*». I. LÓPEZ GÁLVEZ —en «Mecanismos de remisión entre la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia 2002*, pp. 366-369— demuestra con gráficos y datos de años anteriores a la elaboración del Libro Verde el elevado número de notificaciones en dos o más Estados, que representaron en porcentaje significativo del conjunto de las notificaciones, llegando casi a alcanzar en el año 1999 en número a las concentraciones tramitadas por la Comisión (238 frente a 292), mientras que, de estas últimas, las notificaciones realizadas al amparo del art. 1.3 no alcanzaban el 9 por 100 del total.

mayor fundamentación y —aparente— coherencia de lo que se había realizado con anterioridad.

Teniendo en cuenta la finalidad que pretende un Libro Verde, es decir, la apertura de un debate con formulación de propuestas que sirvan para escuchar las opiniones de todos los interesados, en esta materia, la Comisión formulaba diversas propuestas alternativas, en número de tres.

La primera de las alternativas²⁶ consistía en modificar el apartado 3 del art. 1, mediante el cambio de alguno de los cinco criterios constitutivos, y ofrecía varias posibilidades.

En primer lugar, dentro de este apartado, se proponía ajustar los distintos niveles de los umbrales, mediante la reducción de las cifras de volumen de negocios previstas en los distintos apartados del art. 1.3. Tras realizar diversas simulaciones sobre el número de concentraciones notificadas en tres o más Estados que caerían bajo la competencia de la Comisión como consecuencia de sustanciales reducciones en dichas cifras, la Comisión terminaba opinando que, aun así, un considerable número de concentraciones de interés comunitario seguiría sin alcanzar las cifras de los umbrales.

Dentro de este primer apartado de propuestas consistentes en variar los umbrales del art. 1.3, la segunda opción consistía en modificar el apartado 3 del art. 1, reduciendo los países de tres a dos, pero tampoco se estimaba que esta variación produciría un incremento considerable de los asuntos que deberían ser notificados a la Comisión.

Finalmente se analizaba la propuesta consistente en disociar los criterios de las letras *b*) y *c*) del art. 1.3. Ello consistiría bien en la supresión de la letra *b*) del art. 1.3, bien en suprimir el carácter acumulativo de los requisitos incluidos en las letras *b*) y *c*), haciendo que estos criterios fueran alternativos, pero, a juicio de la Comisión, tampoco estas propuestas incidirían notablemente en el número de operaciones de concentración que caerían bajo la competencia de la Comisión.

La segunda de las alternativas ofrecidas por el Libro Verde²⁷ consistía en modificar el art. 22 del Reglamento para conseguir la mejora de la remisión de los expedientes desde las autoridades nacionales a la Comisión. Sin perjuicio de remitirse a consideraciones posteriores que se realizarán en el momento de tratar las cuestiones relativas a las remisiones, la Comisión concluía negando que ésta fuera una posibilidad digna de tener en cuenta con una categórica afirmación: «parece que no hay muchas posibilidades de lograr que el art. 22 sea una medida útil de aplicación general a los casos de pluralidad de notificaciones»²⁸.

²⁶ Contendida en los apartados 34 a 51 del Libro Verde.

²⁷ Apartados 52 y 53 del Libro Verde.

²⁸ Apartado 52. En el apartado siguiente se señala que entre las razones principales por las que el art. 22 no ha dado lugar a ninguna remisión conjunta figuran las diferencias técnicas subsistentes entre los procedimientos nacionales de control de las concentraciones.

La tercera alternativa²⁹ consistía en conceder de forma automática la competencia a la Comisión cuando se cumplieran los requisitos de notificación en, al menos, tres Estados miembros. La Comisión terminaba inclinándose por esta opción, ya que el criterio decisivo no consistiría en alcanzar un nivel concreto de volumen de negocios, sino en el hecho de que una operación diese lugar a tres o más notificaciones, lo cual «sería presunción suficiente de la existencia de interés comunitario»³⁰. Bastan estos comentarios para poner de manifiesto que, con ocasión del Libro Verde, la Comisión, tras despreciar otras alternativas, se inclinaba claramente por la solución que venía a denominar «3+». Los comentarios y opiniones realizados en el período de exposición pública tampoco hacían previsible un cambio de criterio porque un significativo número de aportaciones (particularmente entre las asociaciones representativas de empresas, y los profesionales³¹) se mostraban firmemente partidarias de la regla 3+³².

Precisamente por ello causó cierta sorpresa que la Comisión, a la hora de realizar su propuesta en un texto articulado, olvidara sus anteriores consideraciones y empezara a encontrar inconvenientes en el sistema de notificación obligatoria 3+³³, inconvenientes que ahora encontraba en la existencia de diferencias entre los criterios que determinan la exigencia de notificación en diferentes países, e incluso en las divergencias entre las legislaciones nacionales a la hora de establecer el concepto de concentración³⁴. En consecuencia, en lugar de mantener el criterio del Libro Verde, en ese momento de elaboración de la propuesta se opta por mantener invariable el apartado 3 del art. 1, al que se añade lo que se denomina «un sistema de remisiones racionalizado» mediante la mejora de los

²⁹ Apartados 54 a 61 del Libro Verde.

³⁰ Apartado 62 del Libro Verde.

³¹ Por el contrario, los comentarios de las autoridades nacionales fueron mayoritariamente contrarios a la regla de 3+. Ver, por ejemplo, los comentarios del SDC español.

³² C. ESTEVA MOSSO, *op. cit.*, pp. 84-85, realizó una bien fundamentada defensa de la regla 3+, basada en el hecho de que diversas autoridades europeas deban tratar en paralelo un mismo caso es un indicio de que ciertas concentraciones de interés comunitario escapan al conocimiento de la Comisión, por lo que hay que arbitrar ese sistema que evitará tal disfunción.

³³ Incluso con anterioridad a la elaboración de la propuesta de la Comisión, el propio Comisario Monti había manifestado ciertas dudas que hacían prever un posible abandono, luego confirmado, de la regla 3+ (M. MONTI, «Review of the EC Merger Regulation. Roadmap for the reform project», *Conferencia sobre Reform of European Merger Control*, Bruselas, British Chamber of Commerce, 4 de junio de 2002).

³⁴ Puede llamar la atención y poner en cuestión la coherencia de la Comisión al sostener este cambio de criterio si se tiene en cuenta que esos inconvenientes ni eran nuevos ni habían surgido en el período de tiempo transcurrido desde la elaboración del Libro Verde hasta la redacción de la propuesta. Aún más, esos argumentos contrarios a la regla 3+ habían sido recogidos en el Libro Verde (apartado 56) como los que habían hecho fracasar la propuesta con ocasión de la revisión de 1997, y se habían rebatido por la propia Comisión (apartado 57) en estos términos: «Desde la época en que se debatió la propuesta de la Comisión de 1996, se ha producido de ipso una armonización significativa de las normas nacionales de control de las operaciones de concentración. Esto debería haber reducido las dificultades de aplicación del sistema propuesto que se identificaron en aquel entonces».

mecanismos establecidos en los arts. 9 y 22. La solución consiste, como se especificará en el apartado referido a las remisiones, en cuatro apartados: mejora de los criterios sustantivos de los arts. 9 y 22; aplicación de estos preceptos a solicitud de las partes en la fase previa de notificación; establecer la competencia de la Comisión cuando lo soliciten, al menos, las autoridades de tres Estados miembros, y, finalmente, la concesión a la Comisión de un derecho de iniciativa para instar remisiones en ambos sentidos.

Bien es cierto que pueden señalarse dos circunstancias que, en cierta medida, suavizan las críticas que pueden realizarse a la Comisión por tan radical cambio de criterio. En primer lugar, se debe señalar la importancia de la creación de la Red Europea de Autoridades de Competencia (RECA), formada por la Comisión Europea y las autoridades de los Estados miembros³⁵, encargada de coordinar sus actuaciones y establecer criterios para la mejor asignación de casos, tanto en el campo de las conductas como en el del control de las concentraciones. En segundo lugar, que, tras la publicación del Libro Verde, el art. 22 del Reglamento, que resultaba inédito desde 1990, se ha aplicado en varias ocasiones³⁶, y, en consecuencia, se han remitido a la Comisión varios expedientes de concentración que habían sido notificados ante diferentes autoridades nacionales. Indudablemente ello ha sido posible gracias a la creación de la RECA, que ha permitido una mayor compenetración en el trabajo de las autoridades nacionales y la Comisión.

Ahora bien, en honor a la verdad, ni aun tomando en consideración estas dos circunstancias, los argumentos de la Comisión resultan convincentes, máxime teniendo en cuenta que se limita a recoger argumentos que con anterioridad había ella misma rebatido, y, además, con contundencia. La verdadera razón hay que encontrarla en el hecho de que la Comisión fue consciente de las dificultades que iba a encontrar en el Consejo para hacer triunfar sus criterios. Nuevamente los Estados miembros no estaban dispuestos a perder competencias a favor de la Comisión en el campo del control de concentraciones. Eso no es nuevo; la novedad se produce en el hecho de que la Comisión se rindiera antes de ser derrotada en sus propuestas. Si tenemos en cuenta lo ocurrido con anterioridad (Libro Verde de 1996 y Reglamento 1310/1997) vemos cómo las reticencias de los Estados eran las mismas, pero el mantenimiento de una postura firme por parte de la Comisión permitió una fórmula (art. 1.3) que, a pesar de su complicación y de todas sus insuficiencias, supuso un incremento de las competencias de la propia Comisión. Eso es lo habitual en el proceso comunitario de elaboración de normas, en el que siempre se buscan

³⁵ La importancia de la próxima creación de la RECA es puesta de manifiesto por quien era Director General de la Competencia de la Comisión, A. SCHAUB («Continued focus on reform: recent developments in EC competition policy», *Fordham Corporate Law Institute*, 2001. Nueva York, 2002, pp. 38-41).

³⁶ N. CALVIÑO, (*op. cit.*, p. 62), cita los casos GE-Agfa NDT, Promatech-Sulzer y GEES-Unison, en todos los cuales intervino España.

soluciones de compromiso en lugar de derrotas o victorias por goleada. Bien es cierto que, en esa ocasión, la Comisión podría haberse encontrado especialmente debilitada como consecuencia de las tres sentencias del Tribunal de Primera Instancia que habían anulado tres de sus decisiones en materia de concentraciones, o bien que pretendiera con ese abandono conseguir otros objetivos. A veces la política comunitaria debe recorrer tantos vericuetos que no resulta fácil comprender ciertas posturas.

Pero lo que es cierto es que, con la renuncia a la regla 3+, la Comisión ha debilitado su postura ante una futura revisión de los umbrales que determinan la dimensión comunitaria, y no sólo eso, también ha perdido, indirectamente, argumentos a favor de instar una mayor armonización de las legislaciones nacionales en materia de control de concentraciones.

El problema es que ha habido una nueva reforma y el problema sigue latente. Por un lado, a nivel de los conceptos es difícil establecer criterios para determinar cuándo existe interés comunitario. Hasta ahora se ha optado por los criterios cuantitativos establecidos en los umbrales, que, además, resultan considerablemente altos. Pero el criterio del interés comunitario es un concepto cualitativo que difícilmente puede cuantificarse como pretende el art. 1 del Reglamento. Indudablemente la regla 3+ ofrece una aproximación más ajustada al concepto de la dimensión comunitaria, aun cuando seamos conscientes de las dificultades que también acarrea (falta de armonización de las legislaciones nacionales sobre el concepto de concentración y los umbrales de notificación, notificación obligatoria o voluntaria, problema consistente en dejar la competencia de la Comisión en manos de decisiones unilaterales de los Estados miembros, etc.), pero si la dimensión comunitaria tiene fundamento en el interés transfronterizo, este interés queda demostrado de forma más eficaz por el hecho de que una operación de concentración pueda afectar de forma significativa a tres mercados nacionales, y, en consecuencia, caiga bajo la jurisdicción de las autoridades nacionales de esos Estados.

El problema surge siempre, en un sistema de competencias compartidas entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales, en el hecho de determinar una norma de atribución de competencia entre una y otras. El criterio de la afectación al comercio entre Estados miembros establecido para las conductas hace tiempo que ha entrado en crisis³⁷, y, como ha quedado expresado, el criterio de la dimensión comunitaria para las concentraciones ha sido objeto de debates que tienen más que ver con el juego de poderes y competencias entre las instituciones europeas y los Estados miembros, que con la búsqueda de la solución más idónea.

³⁷ R. ALONSO SOTO, «Las relaciones entre los Derechos comunitario europeo y español de la competencia», J. M. BENEYTO y J. MAILLO (dirs.), *Tratado de Derecho de la Competencia (Unión Europea y España)*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 59-108; L. BERENGUER FUSTER, «Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?», *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Fundación Rafael del Pino-Marcial Pons, 2005, pp. 189-208.

B. LA MEJORA DE LOS MECANISMOS DE REMISIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

Como se ha indicado con anterioridad, la postura adoptada por la Comisión para solucionar el problema de las multinotificaciones ha consistido en mejorar el mecanismo de la remisión de expedientes entre la propia Comisión y las autoridades de los Estados miembros. Teniendo en cuenta los preceptos que existían en el Reglamento (art. 9, que formaba parte del Reglamento desde 1989, si bien con ciertas modificaciones introducidas en 1997) bien, al contrario desde las autoridades nacionales a la Comisión (art. 22 del Reglamento 4064/1989, igualmente modificado en 1997)³⁸, se han introducido ciertas modificaciones que pueden permitir un más frecuente uso de los mecanismos previstos en dichos preceptos; el segundo de los cuales, como se ha indicado, no había tenido aplicación antes de 2002.

La primera modificación consiste en añadir al art. 4 dos nuevos apartados (4 y 5) que prevén que los notificantes, en la fase previa a la notificación, puedan pedir a la Comisión la aplicación del art. 9, es decir, la remisión del conocimiento de la concentración a la autoridad nacional, aun cuando sea de dimensión comunitaria, remisión que deberá fundamentarse en el hecho de que la concentración afecta al mercado de ese Estado (art. 4.4) o bien la aplicación del art. 22 y, en definitiva, el conocimiento por la Comisión de una concentración que no cumpla los umbrales del art. 1, y, por lo tanto, carezca de dimensión comunitaria, pero que sea capaz de producir importantes efectos transfronterizos (art. 4.5), siempre que sean susceptibles de ser analizadas por, el menos, tres Estados miembros³⁹.

³⁸ La regla del art. 9 del Reglamento de concentraciones es conocida como la «cláusula alemana», ya que, con ocasión de la elaboración del Reglamento 4064/1989 la postura de la representación alemana en el Consejo era la más reacia a conceder amplias competencias a la Comisión en el campo del control de concentraciones, y, para flexibilizar su postura, exigió que se previera la posibilidad de que la Comisión pudiera remitir el conocimiento de los expedientes a una o varias autoridades nacionales, si éstas eran las «autoridades mejor situadas» para conocer el expediente.

Al art. 22 se le conoce como la «cláusula holandesa», porque fue introducida a iniciativa de la delegación de los Países Bajos, que en ese momento no tenían una legislación que permitiera el control de las concentraciones. Con ocasión de la reforma de 1997, aun cuando ya Holanda se había dotado de una Ley, que estaba pendiente de entrar en vigor, se aprovechó el art. 22 para prever la remisión voluntaria de aquellos expedientes que, sin caer bajo los umbrales de los arts. 1.2 y 1.3, pudieran tener «interés comunitario».

³⁹ P. LOWE, Director General de Competencia de la Comisión Europea, en el período que medió entre el Libro Verde y la redacción de la propuesta de la Comisión, manifestó que una de las opciones que la Comisión estaba barajando para resolver el problema de las multinotificaciones era la de establecer una regla 3+ de carácter voluntario, pero que la fórmula tendría el problema del «forum shopping». Finalmente, la propuesta ha tenido un cierto reflejo en la fórmula de este precepto (art. 4.5) que permite a las partes solicitar la competencia de la Comisión cuando el asunto cae bajo la jurisdicción de tres autoridades nacionales, pero esa solicitud no es vinculante. («Review of the EC Merger Regulation. Forging a way ahead», *European Merger Control Conference*, Bruselas, 8 de noviembre de 2002).

La segunda parte de la modificación implica variar el mecanismo del art. 9. En este precepto se suprime la exigencia de que los Estados miembros tengan que examinar si una concentración crea o refuerza una posición dominante en el mercado [art. 9.2.a)]. En lugar de esa exigencia, la nueva redacción permite que los Estados se dirijan a la Comisión con el argumento de que la concentración afecta de manera significativa a la competencia en el mercado de ese Estado miembro. Se podría pensar que esta modificación es una consecuencia de la sustitución del test del dominio por el de la disminución sustancial de la competencia, que es, con ciertos matices, el que se ha introducido en el Reglamento, pero ese argumento hay que descartarlo si tenemos en cuenta que la modificación del art. 9.2.a) obedece a la propuesta de la Comisión, y en la propuesta de la Comisión no se optaba por el cambio de test sustantivo y se mantenía el test del dominio⁴⁰. La razón de la reforma de este precepto obedece al deseo de mejorar el mecanismo de remisión, facilitando a la autoridad nacional la solicitud de la remisión, ya que la demostración de la existencia o no de una posición dominante precisa de operaciones más complicadas que el simple argumento de la afectación de forma significativa a la competencia en un mercado.

Finalmente, el art. 22 sería objeto de diversas modificaciones para facilitar la remisión a la Comisión de las concentraciones que, sin superar los umbrales establecidos en el art. 1, pudieran afectar al comercio entre Estados miembros. A tales efectos, la nueva redacción propuesta para el art. 22 del Reglamento prevé que uno o varios Estados miembros puedan solicitar a la Comisión que examine un expediente de concentración que carezca de dimensión comunitaria según el art. 1 del Reglamento. A tal solicitud podrán adherirse los demás Estados afectados. Pero en este apartado el Consejo tampoco ha aceptado la propuesta de la Comisión, que preveía que si la totalidad de los Estados o, al menos, tres de ellos solicitaban que la Comisión examinara la concentración, ésta quedaría sometida a la jurisdicción comunitaria, y en su lugar ha adoptado la regla según la cual si la Comisión acepta tramitar el expediente, lo hará exclusivamente respecto a la concentración en el mercado de aquellos Estados que hayan presentado o se hayan adherido a la solicitud, quedando intacta la competencia de los Estados que se opongan a la remisión.

Indudablemente las nuevas modificaciones introducidas en el Reglamento constituyen una mejora sobre el sistema anterior, y si bien no es previsible que resuelvan plenamente el problema de las plurinotificaciones, es posible que al menos lo reduzcan de forma significativa. Es cierto que, una vez que se ha optado por ese sistema, habrá que estar atentos a

⁴⁰ A. SÁNCHEZ GRAELLS, «El sistema de remisión de asuntos entre la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia en el nuevo Reglamento (CE) 139/2004 sobre Control de Concentraciones»; ponencia presentada en el II Congreso de Derecho y Economía de la Competencia, Universidad Antonio de Nebrija, 24 de septiembre de 2004 (pendiente de publicación).

la práctica que se vaya imponiendo, y, sobre todo, al funcionamiento de los mecanismos de cooperación en la Red Europea de Autoridades de la Competencia, que resultan fundamentales para el éxito de la fórmula por la que se ha optado, pero lo que es cierto es que en todo el proceso de elaboración de estas fórmulas, como en tantas otras materias, siempre han estado presentes las reticencias de los Estados miembros a conceder nuevas competencias a la Comisión Europea en este campo.

Algunas observaciones pueden efectuarse en las concretas modificaciones aprobadas.

a) *Remisiones en fase de prenotificación*

Como se ha indicado, las innovaciones en esta materia han consistido en la introducción en el art. 4 del Reglamento de dos nuevos párrafos (4 y 5), en el primero de ellos se contienen las previsiones de remisión de una concentración, que caería bajo la competencia de la Comisión, a un Estado miembro, y, en el segundo, la remisión en sentido contrario, es decir, desde los Estados miembros a la Comisión Europea.

La primera observación que se puede señalar es que la iniciativa corresponde exclusivamente a quienes hayan de ser notificantes, lo cual significa un avance considerable respecto del sistema de remisión anteriormente previsto, por cuanto que se concede el derecho de manifestar cuál es la autoridad mejor situada a quienes son los sujetos de la concentración, y ello significa un incremento, siempre loable, de los derechos procesales de los afectados. Este extremo implica que esta reforma haya sido una de las modificaciones del Reglamento que hayan merecido opiniones más favorables⁴¹. Esta legitimación no puede concederse ni a los Estados ni a la Comisión, como resulta lógico si tenemos en cuenta que se trata de la fase de la prenotificación, y ni las autoridades nacionales ni la Comisión conocen el caso ni, lógicamente, han iniciado tramitación alguna.

En segundo lugar podría indicarse que existe una diferencia en cuanto a los supuestos de los apartados 4 y 5 del art. 4. Mientras que para solicitar que un expediente de concentración de dimensión comunitaria sea conocido por un Estado habrá que motivar que la concentración puede afectar de manera significativa a la competencia de ese Estado, que presenta todas las características de un mercado definido, para solicitar la competencia de la Comisión bastará que se demuestre que la concentración puede ser analizada por tres Estados miembros, y además que se motiven las razones por las que la concentración debería ser examinada por la Comisión.

⁴¹ S. MARTÍNEZ LAGE, *op. cit.*, p. 6.

Dos cuestiones adicionales pueden plantearse en este apartado. En primer lugar en el supuesto del número 4, la previsión del Reglamento se refiere exclusivamente a la remisión a un solo Estado, por lo que puede plantearse si puede ser utilizado ese cauce para solicitar la remisión a varios Estados, y la respuesta a esa pregunta ha de ser afirmativa, ya que se prevé la posibilidad de remisión total o parcial, y, además, remite al art. 9, que ha permitido con anterioridad remisiones parciales a varios Estados miembros.

Por otra parte, hay que señalar que, para el supuesto del número 5 se exige que la operación caiga dentro del concepto de concentración del art. 3 del Reglamento. Es decir, que si una operación es susceptible de ser analizada por las autoridades de tres o más Estados miembros que prevean un concepto de concentración más amplio que el establecido en el Reglamento comunitario, y que, según éste, no pueda ser calificada como concentración, no cabe la aplicación de la regla.

Finalmente, aunque se conceda una importante participación a la Comisión para la tramitación de estas iniciativas de remisión (a la Comisión corresponde tramitar las solicitudes), sigue persistiendo el derecho de veto por parte de los Estados miembros afectados, de modo que si éstos no la aceptan, la remisión no podrá ser llevada a cabo. Posiblemente no podría haberse ido más lejos, sobre todo para evitar el problema de las plurinotificaciones, lo cual se conseguiría con un mayor automatismo (por ejemplo, añadiendo a la iniciativa de los notificantes la decisión de la Comisión que compruebe que están presentes los requisitos para que proceda la remisión, para alejar el fantasma del «*forum shopping*»), pero, aun con el mantenimiento del derecho de veto de los Estados, hay elementos positivos tales como el hecho de que el veto ha de ser explícito y el silencio de éstos se interpreta en sentido positivo. A pesar de ello, no puede ocultarse que, de nuevo, tras la existencia de ese derecho de veto se ocultan las reticencias, a las que tantas veces se ha hecho mención, a ampliar las competencias de la Comisión.

b) *Remisiones tras la notificación*

Como se ha indicado anteriormente, las remisiones, una vez notificada la concentración, estaban previstas en el Reglamento 4064/1989, pero en el Reglamento 139/2004 se introducen modificaciones que mejoran los mecanismos allí previstos. Obviamente en este caso, a diferencia de las remisiones en fase de prenotificación, corresponde la iniciativa a las autoridades nacionales de los Estados miembros, y no a los notificantes, que ya tuvieron su oportunidad en la fase de prenotificación. En este apartado debe indicarse que en el sistema anterior a la reforma de 2004, la iniciativa tanto en el art. 9 como en el art. 22 correspondía exclusivamente a los Estados miembros, pero, en el primero de esos preceptos, la iniciativa podía

ser adoptada a instancias de la Comisión, mientras que en el supuesto del art. 22 no existía una previsión similar. En el Reglamento 139/2004 se corrige ese desequilibrio y se introduce en el art. 22 un párrafo, señalado con el número 5, en el que se concede a la Comisión la posibilidad de informar a los Estados miembros de que una concentración que no alcance los umbrales de la dimensión comunitaria afecta al comercio entre Estados miembros, e invitar, en consecuencia, a presentar una solicitud de remisión.

Como se puede observar, no se concede a la Comisión un derecho de iniciativa propiamente dicho —como tampoco existe en el supuesto de que la concentración sea de dimensión comunitaria y deba ser analizada por las autoridades de los Estados miembros—, sino simplemente el derecho a invitar a que los Estados miembros adopten la iniciativa.

Para el primero de los supuestos de esta remisión, es decir, remisión por parte de la Comisión a los Estados miembros, el art. 9.2 prevé que el Estado miembro, para solicitar que se le remita el expediente, puede basarse en uno de estos dos supuestos:

a) Que una concentración amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido.

b) Que una concentración afecta a la competencia en un mercado de ese Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y no constituye una parte sustancial del mercado común.

Como puede observarse, la fórmula empleada en el primero de estos párrafos es similar a la empleada en el art. 4.4 para la remisión en fase de prenotificación, con lo cual existe un positivo paralelismo entre los presupuestos objetivos de remisión en ambos supuestos, pero, sin embargo, existe cierta dificultad para diferenciar entre los dos supuestos previstos en el art. 9.2.

Las diferencias de la redacción parecen claras, mientras que en el supuesto de la letra a) basta que la concentración amenace con afectar a la competencia, en el de la letra b) no basta con la amenaza, sino que la afectación ha de ser real. Por otra parte, en el primer supuesto se exige que la afectación a la competencia sea «de forma significativa», exigencia que no se mantiene en el segundo supuesto, en el que, sin embargo, se exige que el mercado afectado no constituya una parte sustancial del mercado común, lo cual no ocurre en la letra a).

Si las diferencias de redacción son claras, no lo son tanto los supuestos de aplicabilidad de uno y otro párrafo, o, por indicarlo de otra manera, parece difícil concebir un caso que quepa dentro del segundo supuesto y no lo haga en el primero⁴². La diferencia entre «afectar» y «amenazar

⁴² A. SÁNCHEZ GRAELLS, *op. cit.*, opina que la razón de ser del endurecimiento de los requisitos del art. 9.2.b) se debe a que la remisión solicitada será automática siempre que las autoridades nacionales justifiquen el cumplimiento de los requisitos sustantivos previstos en ese párrafo, mien-

afectar» no tiene trascendencia, ya que en materia de concentraciones cualquier análisis que se realice ha de ser basado en una prospectiva, es decir, sobre efectos previsibles nunca sobre efectos pasados. En cuanto a que la afectación lo sea de manera significativa o no, será una apreciación que tendrá que hacerse como resultado del análisis de la concentración, sin que sea posible realizarla en el momento inmediato a la notificación. Finalmente, conocido el criterio mantenido por la Comisión y los Tribunales comunitarios sobre el concepto de «una parte sustancial del mercado común», no parece resultar un elemento que vaya a servir de elemento de diferenciación, y, además, siempre se puede tener en cuenta que si los otros dos requisitos anteriormente comentados no implican diferencias, siempre se podrá acudir al criterio del art. 9.2.a), obviando el criterio de la «parte sustancial» contenido en la letra b).

Se trata, pues, de dos supuestos en los que no se encuentra la razón de ser de las diferencias... al menos si no tenemos en cuenta los antecedentes. La redacción en dos párrafos diferentes del art. 9.2 fue realizada en el Reglamento 1310/1997. El texto del apartado b) se ha mantenido sin variaciones en la redacción vigente, mientras que el primitivo del apartado a) era sustancialmente diferente del actual, por cuanto que exigía, para que la remisión pudiera tener lugar, que «una operación de concentración amenaza con crear o reforzar una posición dominante, de lo que resultaría que una competencia efectiva se vería obstaculizada de manera significativa en un mercado en el interior de ese Estado miembro, que presenta todas las características de un mercado definido». Como puede comprobarse, la redacción en dos párrafos diferenciados tenía razón de ser en la redacción de 1997, por cuanto que se refería a dos supuestos diferentes: creación o reforzamiento de una posición dominante, y afectación a la competencia, pero cuando se sustituye del apartado a) el criterio de la posición de dominio para introducir el de afectación de forma significativa a la competencia⁴³, la diferencia carece de razón de ser, porque ambos apartados se refieren al mismo supuesto, y o bien debería haberse suprimido el apartado b), o bien haberse refundido ambos apartados en uno solo.

tras que la Comisión mantendrá un alto grado de discrecionalidad para adoptar decisiones basadas en el art. 9.2.a), aunque recuerda la Sentencia del TPI en el Asunto SEB/Moulinex, de 3 de abril de 2003, en la que se afirma que los requisitos establecidos en el art. 9 tienen carácter jurídico y deben interpretarse con base en elementos objetivos, lo que reduce la discrecionalidad de la Comisión.

⁴³ Como se ha apuntado anteriormente, la razón de la modificación del art. 9.2.a) no hay que encontrarla en el cambio de test sustantivo para el análisis de las concentraciones. Estamos en el capítulo de remisiones y no en el análisis material de los efectos de una concentración, pero, además, hay que tener en cuenta que la modificación de ese apartado está incluida en la propuesta de la Comisión (DOCE, C20, 28 de enero de 2003), y en esa propuesta se mantenía, con ciertos matices, el test del dominio. En las justificaciones de su propuesta, la Comisión aduce, con toda la razón, que la redacción de 1997 obliga a los Estados miembros a examinar si la concentración crea o refuerza una posición dominante y, con ello, a presentar unas conclusiones preliminares detalladas sobre la evaluación competitiva del caso. La Comisión no justifica el porqué del mantenimiento del apartado b).

También debe realizarse un comentario crítico al hecho de que no se haya introducido un criterio en cuya presencia no debería tener lugar la remisión: el interés comunitario o bien la afectación al comercio entre Estados miembros. Si en el art. 22.1 se exige ese requisito para atribuir la posible competencia de la Comisión para el conocimiento de concentraciones que no alcancen los umbrales de la dimensión comunitaria, no se entiende que ése no sea un criterio para impedir la remisión a las autoridades nacionales de concentraciones que superen dichos umbrales.

En cuanto a las modificaciones introducidas en el art. 22, la primera afecta al requisito objetivo para que pueda tener lugar la remisión a la Comisión de concentraciones que carezcan de dimensión comunitaria. El texto del art. 22, en la redacción dada por el Reglamento 1310/1997 exigía un doble requisito: que la concentración creara o reforzara una posición dominante en uno o varios Estados miembros, y que afectara al comercio interestatal. El art. 22.1 del Reglamento 139/2004 sigue exigiendo un doble requisito, pero variando el primero de ellos, ya que exige que la concentración amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros que presenten la solicitud, y manteniendo el requisito de la afectación al comercio comunitario. Como puede comprobarse, la variación del primero de estos requisitos coincide con la fórmula utilizada en el art. 9.2.a).

Al igual que en otros apartados, en la redacción del art. 22 el Consejo ha limitado las propuestas de la Comisión, en la medida en que ha interpretado que suponían una ampliación de las competencias de ésta. En el art. 22.3 de la propuesta de la Comisión se pretendía un automatismo consistente en considerar que si todos los Estados miembros con competencia para examinar una concentración, o al menos tres de ellos, solicitaban la remisión a la Comisión, la concentración se consideraría de dimensión comunitaria y sería tramitada por ésta. Este apartado ha desaparecido y, en su lugar, se ha establecido una regla en virtud de la cual si un Estado se opone a sumarse a la solicitud de remisión, continuará conociendo de la concentración (art. 22.2, tercer párrafo), si bien esta negativa ha de ser expresa.

Si en el art. 9 existía un paralelismo entre los requisitos objetivos previstos para la remisión en fase de prenotificación en el art. 4.4, en el art. 22 no existe el mismo paralelismo con el requisito previsto en el art. 4.5, en cuyo precepto se establece la posibilidad de solicitar la competencia de la Comisión cuando la concentración sea susceptible de ser analizada por, al menos, tres Estados miembros. Como puede comprobarse, los requisitos establecidos en el art. 22.1 no mencionan esa posibilidad e introducen el concepto de afectación al comercio entre Estados miembros, que no se incluye en el art. 4.5.

c) *Conclusiones sobre los sistemas de remisión previstos en el Reglamento*

Como se ha indicado anteriormente, la Comisión renunció a su propuesta de la regla 3+ prevista en el Libro Verde para delimitar sus competencias, a cambio de lo que denominó «un sistema de remisiones racionalizado». Tras analizar las modificaciones introducidas en el sistema de remisiones, aun reconociendo algunos avances, es necesario concluir que la racionalización ha brillado por su ausencia.

Indudablemente el mayor de los avances obtenidos consiste en prever la posibilidad de realizar remisiones en fase de prenotificación, aun cuando se las haya revestido de la cautela de prever el derecho de veto, pero al lado de esta ventaja el sistema no puede ser calificado como coherente. Para fundamentar esta afirmación, baste con recordar la diferencia de criterios utilizados, por ejemplo, en las remisiones a favor de la Comisión, según sean instadas en período de prenotificación y en notificación, o las diferencias entre los presupuestos de remisión de los arts. 9 y 22, con la aparición en este último precepto del requisito de la afectación al comercio entre Estados miembros, que no aparece en el art. 9 como requisito negativo que podría impedir la aplicación de la remisión a favor de los Estados miembros. Otro tanto podría decirse del veto por parte de cualquier Estado que pudiera conocer del expediente a que se efectúe la remisión total a la Comisión.

En definitiva, para conseguir que sea efectivo el principio de «one-stop-shop», o para que la Comisión pueda tener competencia, en principio, en todas las concentraciones que tengan importantes efectos transfronterizos, el Reglamento 139/2004 ha sido una ocasión en buena parte perdida para establecer un sistema de remisiones fácilmente aplicable, que ofrezca coherencia y seguridad jurídica. Cabe pensar si no habría sido mejor arbitrar un sistema para las remisiones sin posibilidades de veto, con causas tasadas que impidieran la discrecionalidad de la Comisión, y, lógicamente, con revisión jurisdiccional. En ese supuesto, y siempre sobre la base del ejercicio de una iniciativa, se establecería la remisión del expediente para su consideración por la autoridad mejor situada, remisión que debería ser realizada a favor de la Comisión cuando la concentración tenga significativos efectos transfronterizos.

Es cierto que el sistema puede ir funcionando⁴⁴, pero será gracias a la Red Europea de Autoridades de Competencia más que como consecuen-

⁴⁴ Las primeras sensaciones obtenidas del funcionamiento del sistema en los primeros meses de 2004 resultan en buena medida positivas. Así, en los nueve primeros casos en los que se solicitaba la intervención de la Comisión, a tenor del art. 4.5 del Reglamento, únicamente dos han sido vetadas por los Estados miembros (M. MONTI, «Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation», *IBA 8th Annual Competition Conference*, Fiesole, 17 de septiembre de 2004).

cia de las bondades de unos preceptos del Reglamento que si de algo están sobrados es de reticencias y resistencias a ampliar las competencias de la Comisión Europea. Y ello posiblemente será así porque un sistema con tantas cautelas como el establecido sólo puede funcionar mediante la coordinación y la cooperación entre sus actores. Y eso es lo que pretende y facilita esa Red.

C. EL TEST SUSTANTIVO

Posiblemente entre las cuestiones sometidas a reforma en el Reglamento de concentraciones, la que haya hecho correr más ríos de tinta haya sido la relativa al cambio de test que se debe utilizar para analizar las operaciones de concentración.

Según el art. 2.3 del Reglamento 4064/1989, deberían declararse contrarias al mercado común las operaciones de concentración que supusieran un obstáculo significativo para la competencia «al crear o reforzar una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo», consagrando el test del dominio, que era utilizado por la mayor parte de las legislaciones europeas, y que constituía el pilar del Reglamento de Concentraciones⁴⁵. Por otra parte, el test utilizado por las autoridades americanas (y otras europeas entre las que se puede incluir España) era el de la reducción sustancial de la competencia (*Substantial Lessening of Competition*-SLC).

El debate sobre la conveniencia de cambio de test sustantivo se abrió por la Comisión Europea como consecuencia del Libro Verde de 2001, y casi exclusivamente en razón de coordinar los criterios de apreciación de las concentraciones con otras autoridades internacionales de la competencia, particularmente las norteamericanas, en un período en el que las concentraciones de dimensión supracomunitaria estaban proliferando. Pero del análisis del Libro Verde se pueden extraer tres conclusiones. La primera es la ya indicada acerca de que el motivo de abrir el debate sobre un posible cambio de test había que encontrarlo en los problemas derivados de la dimensión internacional de las concentraciones⁴⁶; la segunda es que la Comisión se encontraba satisfecha del funcionamiento del test del dominio⁴⁷, y, finalmente, que el debate iba a tener un largo recorrido, por

⁴⁵ M. MONTI, «The main challenges for a new decade of EC Merger Control», *EC Merger Control. 10th Anniversary Conference*, Bruselas, 14-15 de septiembre de 2000.

⁴⁶ En el apartado 167 del Libro Verde se indica: «Sin embargo, dado que las operaciones de concentración tienen una dimensión cada vez más internacional, la Comisión considera llegado el momento de iniciar un debate exhaustivo sobre las respectivas ventajas de ambos criterios a efectos del control de las operaciones de concentración».

⁴⁷ En el mismo apartado 167 se indicaba que «la experiencia de la aplicación del criterio de dominación no ha puesto de manifiesto ninguna grieta importante en el alcance del mismo». Y añade unas palabras que pronto se verían contradichas por la realidad: «Tampoco ha producido frecuentemente resultados divergentes cuando este criterio ha sido aplicado por otros órganos jurisdiccionales». Pronto el Tribunal de Primera Instancia haría que este último inciso careciera de sentido.

lo que era posible que no se llegara a una conclusión definitiva en la anunciada revisión del Reglamento⁴⁸.

Una de las razones de las ventajas del test de dominio que se aducían en el Libro Verde era que había permitido interpretaciones de los Tribunales comunitarios que habían dado lugar al concepto de «posición de dominio colectiva»⁴⁹, y precisamente por la interpretación judicial de ese concepto se iba a desencadenar un proceso que iba a dar al traste con las iniciales pretensiones de la Comisión.

En septiembre de 2000, con ocasión de una conferencia organizada por la Comisión para conmemorar el décimo aniversario del Reglamento de Concentraciones, el Director de la Merger Task Force de la Comisión, Götz Drauz, anunciaba un extremo que iba a permitir una denominaba tercera generación en la evolución del concepto de posición de dominio colectiva, basada en los efectos unilaterales del oligopolio⁵⁰, que habría sido aplicada en la Decisión de 22 de septiembre de 1999 recaída en el asunto Airtours/First Choice. Obviamente, la sentencia del TPI anulando esta decisión iba a provocar que el debate del cambio de test alcanzara una dimensión considerablemente mayor que la inicialmente concebida.

Si algo llama la atención en el debate relativo al test sustantivo es la poca significación que, frecuentemente, se le concede a un cambio de test. O por expresarlo de otra manera, el buen número de opiniones que se han encargado de señalar que las conclusiones que se alcanzan con el test del dominio terminan siendo las mismas que se obtienen si se utiliza el test SLC. Naturalmente, para realizar esta afirmación hay que tener en cuenta una doble circunstancia: en primer lugar, que esa confluencia se produce como consecuencia de la aplicación del concepto de la posición de dominio colectiva, siempre que el concepto se extienda hasta la inclusión de los efectos unilaterales de los oligopolios, y, en segundo lugar, que esa opinión era mantenida fundamentalmente por quienes desempeñaban sus funciones en las distintas autoridades de la competencia⁵¹.

⁴⁸ Apartado 169 del Libro Verde.

⁴⁹ Apartado 164 del Libro Verde.

⁵⁰ G. DRAUZ, «Recent developments in the Assessment of Dominance», en la Conferencia celebrada en el Hotel Metropol de Bruselas con ocasión del décimo aniversario del Reglamento de Concentraciones, Bruselas, 14-15 de septiembre de 2000; N. JALABERT-DOURY, *op. cit.*, p. 1. La primera generación sería la de oligopolios colusivos especialmente activos, mientras que la segunda lo constituirían los oligopolios basados en la colusión tácita. En su intervención en la misma Conferencia el Comisario Monti (ver nota 44) ratificó estos criterios con un apoyo explícito a la intervención de Drauz. Esta inclusión de los efectos unilaterales de las concentraciones en situación oligopolística iba a ser puesta de manifiesto por la propuesta de la Comisión de Comunicación relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales, publicada en diciembre de 2002. Ver J. y J. M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA, «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales. Una primera aproximación al proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/1989 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, p. 232.

⁵¹ Ver, por ejemplo, N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 76; G. SOLANA, «Diferencias entre EEUU y la UE en materia de control de concentraciones», *Anuario de la Competencia 2001*, Madrid-Barcelona,

Obviamente quienes mantenían que tanto con el test de dominio como con el SLC se llegaba a las mismas conclusiones no se mostraban, en principio, partidarios del cambio de test.

Por el contrario, quienes se mostraban partidarios de cambiar de test se encargaron de poner de manifiesto las diferentes análisis que se producirían con la aplicación de uno y otro. Normalmente era la postura mayoritariamente mantenida entre las firmas de abogados y los académicos⁵². Por su parte los representantes de la industria, temerosos de que con el test SLC se prohibieran más concentraciones que con el test de dominio, tendían a mostrarse contrarios al cambio⁵³.

No es el momento de entrar a analizar los argumentos a favor de uno y otro test, que están sobradamente repetidos⁵⁴, sino, en cualquier caso, el de resumir que los partidarios del test de dominio argumentaban que con cualquiera de ambos se obtenían similares resultados, y que un cambio afectaría, al menos en los primeros momentos, a la seguridad jurídica, por cuanto que carecerían de valor los precedentes de las decisiones de la

Fundación ICO-Marcial Pons, 2002, p. 29; C. ESTEVA MOSSO, *op. cit.*, p. 89; P. LOWE, «Recent Reforms and future projects for the enforcement of the EU anti-trust system», conferencia el 8 de julio de 2003 en Madrid, en la Jornada Anual del TDC; A. SCHAUB, «Continued focus on reform: recent developments in EC Competition Policy», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, p. 49; M. MONTI, «Review of the EC Merger Regulation. Roadmap for the reform project» *op. cit.*, «Private litigation as a key complement to public enforcement of competition rules and the first conclusions on the implementation of the new Merger Regulation», *op. cit.*

⁵² Así lo señala M. MONTI al comentar las respuestas dadas al Libro Verde («Review of the Ec Merger Regulation. Roadmap for the reform project» *op. cit.*), al tiempo que señala que los representantes de la industria, temerosos de que el test SLC vaya a suponer un mayor número de declaraciones de incompatibilidad, mayoritariamente se muestran contrarios al cambio del test sustantivo. R. BRANDEBURGER y T. JANSSENS («European Merger Control: do the checks and balances need to be re-set?», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, pp. 156 ss.) critican la evolución del concepto de posición de dominio colectiva, y proponen que en lugar de continuar por esa vía, que genera inseguridad jurídica, podría ser más oportuno abandonar el test de dominio y adoptar el SLC. J. R. BORRELL y A. COSTAS («La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso Airtours/First Choices», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 203 ss.) realizan un bien fundamentado análisis sobre las diferencias de ambos test, y terminan abogando por el abandono del test de dominio y su sustitución por el SLC.

⁵³ Ver lo que indica MONTI en el lugar indicado en la nota anterior. N. CALVIÑO (*op. cit.*, pp. 78-79) indica que uno de los argumentos que utilizaron en el Consejo los partidarios de mantenimiento del test de dominio a la hora de aprobar el Reglamento 139/2004 era precisamente que con el test SLC se prohibirían más concentraciones. Ese temor había de mostrarse infundado, pues, como acertadamente se ha encargado de señalar G. SOLANA («Diferencias...» *op. cit.*), en los tres casos más significativos en los que recientemente han resuelto las autoridades norteamericanas (test SLC) y europeas (test de dominio), la decisión de estas últimas ha sido más estricta que la de las primeras.

⁵⁴ P. LOWE, («The substantive standar for merger control, and the treatment of efficiencies in merger analysis: an EU perspective», *Fordham Annual Antitrust Conference*, New York, 30-31 de octubre de 2002) señala que la presentación que ha hecho la Comisión para abrir el debate sobre el cambio de test en el Libro Verde ha sido lo más neutra posible, y resume a continuación los argumentos que han aportado los partidarios de una y otra postura. N. CALVIÑO (*op. cit.*, pp. 78 ss.) expone los argumentos empleados en el Consejo por los partidarios del mantenimiento del test de dominio y los partidarios de su sustitución por el SLC.

Comisión y las sentencias de los Tribunales comunitarios. Por su parte, los partidarios del SLC critican que el test de dominio se centra en el análisis de la estructura del mercado⁵⁵ e impide o dificulta el análisis dinámico, mientras que el SLC permite el análisis económico. En el campo de las convergencias internacionales, mientras que los partidarios del SLC argumentan la convergencia con los Estados Unidos, los partidarios del mantenimiento del test de dominio recuerdan que el test de dominio es el que se aplica en la mayoría de las legislaciones de los Estados miembros (entre ellos los nuevos miembros, que se habían inspirado en la legislación comunitaria) y, por lo tanto, una convergencia con las autoridades americanas podría conducir a una divergencia entre las propias europeas.

El caso es que, con independencia de los argumentos a favor de uno u otro test, la Sentencia *Airtours/First Choice* vino a precipitar un debate que la Comisión tenía previsto afrontar con calma. La posición de partida de la Comisión consistía en mantener el test de dominio y, como se ha indicado, demostrar que su utilización podría conducir a un análisis similar al del test SLC como consecuencia del desarrollo y ampliación del concepto de la posición colectiva de dominio. Pero para esta ampliación era un elemento imprescindible la denominada «tercera generación» del concepto, basada en analizar los efectos unilaterales de una situación de oligopolio.

Pero todo el argumento vino a derruirse como un castillo de naipes cuanto el Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión, en el que se había aplicado esa última ampliación del concepto de posición colectiva de dominio, y consideró que los fundamentos en los que se había basado la Comisión en su Decisión *Airtours/First Choice* para presumir comportamientos anticompetitivos en el oligopolio resultante de la fusión eran erróneos. Según la Decisión, que despertó grandes expectativas, la colusión no es un requisito para situaciones de posición de dominio colectiva, pues bastaba con los comportamientos (unilaterales) de adaptación al mercado para que se produjeran los efectos contrarios a la competencia, y, en consecuencia, pudiera ser prohibida la concentración. Tal interpretación produjo que se llegara a pensar que la Comisión estaba intentando aplicar el test SLC en lugar que el de dominio⁵⁶. Pero el Tribunal de Primera Instancia, en su Sentencia de 6 de junio de 2002⁵⁷, exigió que para que una concentración pudiera ser declarada incompatible con el mercado común por reforzar una posición de dominio colectiva, deberían reunirse ciertos requisitos: en primer lugar, que existiera transparen-

⁵⁵ J. R. BORRELL y A. COSTAS (*op. cit.*, p. 210) señalan que «la CE tiene que probar como condición previa y necesaria que la empresa fusionada crea o refuerza una posición de dominio en el mercado, para posteriormente demostrar que esa posición de dominio conduce a una restricción sustancial de la competencia. Éste es un camino tortuoso y de resultados inciertos», por lo que se muestran firmemente partidarios de su sustitución.

⁵⁶ John Temple LANG, «Oligopolies and joint dominance in Community Antitrust Law», *Fordham Corporate Law Institute 2001*, New York, 2002, p. 291.

⁵⁷ Sentencia del TPI de 6 de junio de 2002, en el Asunto T-342/99, *Airtours plc. c. Comisión*.

cia en el mercado, para que todos los participantes en el oligopolio pudieran conocer el comportamiento de los restantes miembros; en segundo término, que la coordinación tácita pudiera mantenerse en el tiempo por existir incentivos para no apartarse de la línea de conducta común; y, finalmente, habría de tenerse en cuenta cuál pudiera ser la reacción de los competidores y los consumidores, que podría llegar a alterar la línea de acción común del oligopolio. En definitiva, para el Tribunal de Primera Instancia una posición de dominio colectiva no existe más que cuando concurre un evidente riesgo de colusión, aunque sea tácita.

En esta situación, la Comisión se vio forzada a acelerar cualquier decisión sobre el cambio de test, pues de no hacerlo así no podría utilizar el concepto de posición de dominio colectiva en el sentido que había anunciado, es decir, el concepto no podría alcanzar la pretendida tercera generación de teorías sobre la posición de dominio colectiva.

Pero la reacción de la Comisión, al elaborar su propuesta de Reglamento, no pudo ser más timorata. Quiso mantener el concepto de la posición de dominio, pero para contemplar los supuestos de comportamiento unilateral en situación de monopolio introdujo un párrafo interpretativo en el art. 2.4, según el cual «se considerará que una o varias empresas ocupan una posición dominante si utilizan su fortaleza económica, ya sea de forma coordinada o no, para ejercer una influencia apreciable y prolongada sobre los parámetros de la competencia y, en particular, sobre los precios, la producción, la calidad de la producción, la distribución o la innovación, o para restringir la competencia de manera apreciable». La pretensión de corregir con este apartado la doctrina de la Sentencia *Airtours* resulta clara, y aún más clara todavía resulta si se analiza el contenido de la propuesta que hizo la Comisión de un considerando 21, en el que se indicaba que el concepto de posición colectiva de dominio cubría las situaciones en las que, al desaparecer un operador en una situación de monopolio, se reducía la presión competitiva, sin que fuera necesaria la coordinación entre los miembros del monopolio⁵⁸.

Esta pretensión de la Comisión no resultó pacífica, ya que crear un concepto de posición dominante a los solos efectos del Reglamento de Concentraciones supone crear un concepto que no va a ser equivalente al del art. 82 del Tratado, y este hecho, por lo tanto, produciría que la jurisprudencia en la que se aplica este precepto no podría ser utilizada en materia de concentraciones. Por otra parte, si una de las razones por las que la Comisión se resistía a incluir el test de la disminución sustancial de la competencia (SLC) era que se mostraba sensible a las opiniones que argumentaban que un cambio de test sustantivo provocaría la inaplicabili-

⁵⁸ Con modificaciones que son consecuencia del contenido del texto normativo definitivamente aprobado, este considerando se ha convertido en el considerando 25 del Reglamento, en el que se expone con toda claridad que se pretende con la reforma que se contemple como motivo para declarar incompatible con el mercado común la concentración, que ésta produzca la posibilidad de comportamientos no coordinados en una situación de oligopolio.

dad de los precedentes y afectaría a la seguridad jurídica, ese mismo comentario negativo podría hacerse para la propuesta de la Comisión.

Pero el Consejo decidió no aceptar la propuesta de la Comisión y esa pretensión de crear un nuevo concepto de posición de dominio que únicamente fuera aplicable en el Reglamento de Concentraciones no tuvo muchos defensores. Pero cuando en el seno del Consejo, en cualquier materia, existen, como ocurría en este caso, posiciones encontradas, al final terminan triunfando posiciones de compromiso que no impliquen la existencia de vencedores y vencidos..., pero frecuentemente lograr ese objetivo supone una pérdida de nitidez de las fórmulas incorporadas a la norma.

Finalmente, la fórmula que se aprobó para el art. 2.2, según el cual se deberían declarar compatibles con el mercado común aquellas concentraciones que no fueran susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, «en particular como consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante»⁵⁹.

Sólo el paso del tiempo y el análisis que de esta fórmula se haga por la Comisión y por los Tribunales de Justicia nos permitirá un comentario sosegado sobre si se ha acertado o no en la fórmula elegida. Desde el punto de vista político siempre supone un éxito lograr consensos para la elaboración de normas, pero a veces, como se ha indicado anteriormente, ese consenso se logra a expensas de la claridad. Porque optar por el test del dominio tenía unas ventajas, y existían otras a favor del SLC, pero una y otra opción compartían la ventaja de ser criterios sobradamente elaborados por la teoría y la práctica de las autoridades de la competencia y los Tribunales de las instancias que utilizaban un test u otro, pero ahora surge un concepto que en cierta medida intenta recoger las ventajas de una y otra alternativa, pero no es posible saber si lo conseguirá. En cierta medida, la nueva redacción del art. 2.4 permite afirmar que existe una cierta coherencia, cosa que no siempre ocurre cuando se procede a la reforma parcial de las normas comunitarias, con el art. 2.1, por cuanto introduce conceptos que estaban contenidos en este último precepto, tales como el de competencia efectiva, o bien la necesidad de tener en cuenta la estructura de los mercados.

Al fin y al cabo, posiblemente sea necesario huir de conceptualismos, o del medio al cambio. Los test sustantivos para analizar las concentra-

⁵⁹ La fórmula que se utilizó como base para la que resultó definitivamente aprobada fue conocida como «fórmula franco-española» porque eran las representaciones de estos dos países las que inicialmente la propusieron (N. CALVIÑO, *op. cit.*, p. 83). En cierta medida incorpora algunos de los conceptos que están presentes en la Ley de Defensa de la Competencia española de 17 de julio de 1989. El test incluido en el Reglamento ha merecido el nombre de SIEC, de nuevo utilizando las siglas de la descripción en inglés: «*Significant Impediment of Effective Competition*», sin duda para marcar las diferencias con el test SLC, pero si podía ser discutible si la utilización del test de dominio y el SLC conducen o no al mismo resultado, no puede haber ninguna duda de que tanto el SLC como el SIEC van a conducir al mismo resultado.

ciones no pueden ser conceptos dogmáticamente cerrados, y al fin y al cabo no son más que fórmulas compuestas por palabras, destinadas a ser interpretadas, y corresponderá comprobar si «reducción sustancial» significa algo muy diferente de «obstaculización de manera significativa». El Reglamento pretende⁶⁰ que el concepto de obstaculización significativa de la competencia sólo pueda ser interpretado, más allá del concepto de posición de dominio, para incluir los efectos anticompetitivos de una concentración que resulten de un comportamiento no coordinado entre empresas que no tengan, aisladamente, una posición dominante, pero también en ese punto habrá que estar a la interpretación de los Tribunales comunitarios.

Será necesario igualmente comprobar si la mención a la posición de dominio sirve para aprovechar buena parte de los precedentes, o significa simplemente un deseo de que no quede ignorada la importancia de los factores estructurales al analizar las concentraciones⁶¹. Habrá, pues, que esperar a esas interpretaciones para formar un criterio definitivo y, en definitiva para hacer una valoración sobre las ventajas e inconvenientes que ha podido suponer el cambio de test.

D. PODERES DE LA COMISIÓN ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES Y CONDICIONES IMPUESTAS

Si la concentración sometida a análisis de la Comisión presenta problemas de competencia, los notificantes pueden bien modificar su propuesta, o bien, lo que es más frecuente, ofrecer compromisos con la finalidad de hacer compatible la operación con el mercado común. Tales compromisos, si son aceptados, se convierten en soluciones (*remedies*) que se incorporan a la decisión que dicte la Comisión.

Ahora bien, para asegurar el cumplimiento de tales soluciones, cuando la concentración se aprueba recogiendo los compromisos propuestos, la Comisión puede imponer obligaciones y condiciones. La Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento 4064/1989⁶² se encarga de establecer la diferencia entre condiciones y obligaciones. La realización de una medida que lleve a cabo el cambio estructural del mercado (por ejemplo, la cesión de una actividad) es una condición. Por el contrario, las medidas necesarias para obtener ese resultado (por ejemplo, la designación de un administrador con man-

⁶⁰ Considerando 25.

⁶¹ M. MONTI, «A reformed competition policy: achievements and challenges for the future», *Center for European Research*, Brussels, 28 de octubre de 2004.

⁶² Comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 del Consejo y al Reglamento (CE) núm. 447/1998 de la Comisión. *DOCE*, C68, 2 de marzo de 2001.

dato irrevocable para vender esa actividad) son, en general, obligaciones impuestas a las partes⁶³.

Por otra parte, las modificaciones y compromisos pueden plantearse tanto en la primera fase del procedimiento (art. 6.2 del Reglamento), como en la segunda (art. 8.2), y en ambos supuestos podrá acompañar su decisión de condiciones y obligaciones (que eran denominadas cargas en el art. 8.2) destinadas a garantizar que las empresas cumplan los compromisos que han adquirido.

Pero cabe la posibilidad de que, a pesar de todas las garantías que se establezcan, los notificantes o la empresa resultante de la concentración incumplan los compromisos ofrecidos y aceptados por la Comisión, por lo que se han de establecer las medidas que la Comisión puede adoptar en tal supuesto.

El Reglamento 4064/1989 diferenciaba del supuesto de que se incumplieran las obligaciones en primera y en segunda fase. Para el primer supuesto, el art. 6.3.b) disponía que la Comisión podría revocar la decisión adoptada cuando las empresas afectadas incumplieran una obligación impuesta en una decisión, mientras que en similares términos se pronunciaba el art. 8.5.b) para el supuesto de que se incumpliera alguna carga impuesta en la decisión. No se hacía mención ni en uno ni en otro supuesto al incumplimiento de las condiciones.

El régimen resultaba insatisfactorio, entre otros extremos porque no contemplaba la posibilidad de ordenar la separación de las empresas, por lo que en el Libro Verde se planteó la conveniencia de su sustitución. Se contemplaba el supuesto y se llegaba a la conclusión de que el incumplimiento de una condición supondría la ilegalidad automática de la concentración, mientras que el incumplimiento de una obligación daría lugar a la revocación de la decisión de autorización. En definitiva, se terminaba sugiriendo la reforma del art. 8.4⁶⁴.

En consonancia con las reflexiones contenidas en el Libro Verde, la propuesta de la Comisión consistió en proponer simples cambios de palabras en el art. 6.3, y en una nueva redacción del art. 8.4, y la introducción de un nuevo apartado 5 en el art. 8 que sustituiría al anterior. La redacción definitivamente aprobada por el Consejo no modificó la propuesta de la Comisión en lo que respecta al art. 6, pero la cambió sustancialmente en el art. 8.

El régimen actualmente contenido en el Reglamento sigue manteniendo, en consecuencia, las diferencias en cuanto al posible incumplimiento de las obligaciones impuestas en la primera fase de las impuestas en la segunda fase y, a diferencia del régimen anterior, prevé los supuestos de incumplimiento de condiciones en ambas fases.

⁶³ Apartado 12 de la Comunicación citada en la nota anterior.

⁶⁴ Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/1989 del Consejo, de 11 de diciembre de 2001, apartados 223 y 224.

Para el primero de los supuestos, sigue vigente el precepto contenido en el art. 6.3.b) que declara que la Comisión podrá revocar la decisión de no oponerse a la concentración cuando las empresas afectadas incumplan una obligación impuesta en la decisión dictada en la primera fase del procedimiento.

Para el supuesto de incumplimiento de las obligaciones que respondan a los compromisos ofrecidos en la segunda fase, así como al incumplimiento de las condiciones obtenidas en una y otra fase, el art. 8, apartados 4 a 7, ofrece un complicado sistema de medidas, considerablemente más alambicado que el previsto en el Reglamento 4064/1989. Estas medidas son aplicables tanto al supuesto de que se trate de una concentración ya ejecutada sin aprobación de la Comisión, como cuando se trata del incumplimiento de las condiciones o las obligaciones contenidas en la decisión de compatibilidad.

En definitiva, el sistema, que persiste en la diferenciación entre incumplimiento de las obligaciones en primera y segunda fase, e introduce un diferente tratamiento para el incumplimiento de las condiciones, podría resumirse en los siguientes puntos:

a) Si las empresas incumplen una obligación impuesta en la primera fase del procedimiento, el art. 6.3.b) del Reglamento prevé que la Comisión pueda revocar la decisión de declarar la operación compatible con el mercado común⁶⁵.

b) Si se incumple una obligación impuesta en segunda fase, igualmente se podrá revocar la decisión que declare la operación compatible con el mercado común, tal y como prevé el art. 8.6.b) del Reglamento⁶⁶.

c) Cuando la operación haya sido ejecutada contraviniendo una condición impuesta en segunda fase, en ausencia de la cual la concentración no hubiera sido aprobada, la Comisión podrá exigir que se disuelva la concentración, restableciendo la situación anterior de competencia, además de cualquier otra medida adecuada para garantizar la disolución de la concentración y que se restablezca la situación competitiva anterior, tal y como prevé el art. 8.4 del Reglamento.

d) En los supuestos de contravención a las condiciones impuestas en primera o segunda fase, estas últimas presentadas para disipar las serias dudas que presenta la operación, se podrá adoptar una nueva decisión sin sujeción a plazos, según el art. 8.7.

⁶⁵ Extrañamente en el precepto del art. 6.3 se indica que se podrá revocar igualmente la decisión dictada conforme al art. 6.1.a), que se refiere al supuesto de que la opinión de la Comisión consiste en que la operación no entra en el campo de aplicación del Reglamento. Este supuesto será aplicable para el contemplado en el art. 6.3.b), pero no para el del art. 6.3.a), porque en la decisión en la que se declara que la operación no entra en el campo de aplicación del Reglamento no cabe la imposición de obligaciones.

⁶⁶ La misma observación señalada en la nota anterior podría hacerse en este precepto, por cuanto que aquí se remite a una decisión adoptada conforme al art. 8.1, que no prevé la imposición de obligaciones.

En el art. 8.5 se prevé que se podrán adoptar medidas provisionales cuando se haya ejecutado una concentración antes de la decisión de la Comisión, o bien contraviniendo alguna de las condiciones impuestas, tanto en primera como en segunda fase. Finalmente, el art. 14.2.d) dispone que se podrán imponer multas hasta el 10 por 100 del volumen de negocios de las empresas afectadas.

Como puede fácilmente comprobarse, se trata de un complicado sistema, además repleto de las remisiones a otros preceptos que son tan habituales en las normas comunitarias. El problema de toda esta compleja regulación radica en el hecho de que el Reglamento diferencia, en primer lugar, entre obligaciones y condiciones, y ha sido necesario que se aclarara en una comunicación de la Comisión la diferencia entre ambos conceptos. También distingue el Reglamento entre las obligaciones y condiciones impuestas en primera y segunda fase. Finalmente establece una diferenciación entre condiciones vinculadas a una decisión, sin las cuales la operación no hubiera sido aprobada, y condiciones vinculadas a una decisión que han sido impuestas para disipar las serias dudas que presenta la operación. Como puede comprobarse, un auténtico galimatías.

Y el problema no termina ahí, sino que, además, el Reglamento establece un régimen diferente para cada uno de estos supuestos. Se habla de revocar la decisión en unos supuestos, dictar una nueva decisión sin sujeción a plazos en otros, y cabe preguntarse cuáles son las diferencias, en definitiva, entre una y otra medida. Finalmente se prevé que la Comisión pueda ordenar la desconcentración para los supuestos más graves, pero si analizamos los otros supuestos, considerados en principio menos graves, habrá que pensar que, al final, revocándose la decisión o dictando una nueva, siempre podrá la Comisión terminar ordenando la desconcentración.

Es cierto que la reforma de estos preceptos en el Reglamento 139/2004, especialmente la referida al art. 8, ha venido a resolver algunos de los problemas que se planteaban en la regulación anterior y que había puesto de manifiesto el Libro Verde, pero no es menos cierto que esa mejora debería haberse realizado sin necesidad de acudir a fórmulas tan alambicadas como las contenidas en el art. 8. La simplicidad y claridad en las normas siempre son de agradecer, pero en este apartado difícilmente podrá decirse que las normas comentadas revistan esas características.

E. OTRAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR EL REGLAMENTO 139/2004

Como se ha indicado anteriormente, no se trata en este artículo de hacer un análisis pormenorizado de todos y cada uno de los apartados del nuevo Reglamento, sino simplemente de resaltar los puntos que puedan resultar criticables en la nueva regulación, intentando analizar las distin-

tas alternativas que se habían barajado desde que, con la elaboración del Libro Verde, se había lanzado el debate sobre la reforma del Reglamento de Concentraciones.

Pero esa labor no quedaría concluida si no se hiciera mención, aunque fuera de manera sucinta, a puntos que permanecen inalterados, o bien con mínimas modificaciones, en el Reglamento, a pesar de que en el Libro Verde se había apuntado la posibilidad de su reforma.

a) *El concepto de concentración*

En este apartado, el Libro Verde señalaba un amplio capítulo de aspectos que eran susceptibles de ser revisados: las participaciones minoritarias, las alianzas estratégicas, el tratamiento de las filiales cooperativas, las filiales con funciones parciales, las transacciones múltiples, las inversiones de riesgo y el concepto de control frente al de grupo.

Las modificaciones en este apartado no han podido ser más reducidas, pues han quedado limitadas a la modificación del art. 3.1 para incorporar como requisito de la concentración el concepto de cambio de control duradero. Esta modificación no constituye realmente una innovación, en la medida en la que, si bien ese concepto no estaba incorporado al texto normativo del Reglamento, aparecía en el considerando 23 del Reglamento 4064/1989, y en la Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración⁶⁷.

En cuanto a las operaciones múltiples, la Comisión propuso la introducción de un nuevo apartado 4 en el art. 3, según el cual se consideraría que dos o más operaciones interdependientes o estrechamente vinculadas constituirían una sola operación, al tiempo que proponía una reforma del último párrafo del art. 5.2 para excluir del cómputo de las operaciones realizadas en el período temporal de dos años las operaciones de sectores económicos no relacionados entre sí, pero estos proyectos de precepto no fueron incorporados al Reglamento y, en su lugar, se introdujo un último párrafo en el considerando 20, según el cual habrá que considerar como transacciones estrechamente vinculadas aquellas que estén conectadas o bien supongan una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.

Verdaderamente en este campo el Reglamento ha resultado escasamente ambicioso, y, aun cuando se debe ser consciente de los problemas que existen para formular un nuevo concepto de concentración, se ha desperdiciado la ocasión para solucionar los problemas que plantean ope-

⁶⁷ Comunicación de la Comisión sobre el concepto de concentración con arreglo al Reglamento (CEE) núm. 4064/1989 sobre el concepto de concentración entre empresas, *DOCE*, C66, 2 de marzo de 1988.

raciones que tienen efectos concentrativos pero que difícilmente cumplen con el requisito del cambio de control⁶⁸, tales como las adquisiciones minoritarias y el solapamiento de las gerencias, que no siempre podrían ser solucionadas por los mecanismos de los arts. 81 y 82, tal y como se reconocía en el Libro Verde⁶⁹.

b) *Tratamiento de las eficiencias*

El Reglamento 4064/1989 contemplaba una consideración muy limitada de las eficiencias que pueden presentarse en una concentración, y que pueden ayudar a compensar los efectos anticompetitivos de una operación de concentración. En el art. 2.1.b) se mencionaba como el último de los criterios que la Comisión debería tener en cuenta para evaluar una operación de concentración «la evolución del progreso técnico y económico, siempre que ésta sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia».

Desde el primer momento, en el que la Comunidad Europea decidió dotarse de un sistema de control de concentraciones, una de las cuestiones más controvertidas ha sido la de determinar si el control debe extenderse exclusivamente a los efectos de la concentración sobre la competencia o si, por el contrario, deben tenerse en consideración otros factores, denominados genéricamente eficiencias.

En la Unión Europea, a la hora de aprobarse el Reglamento de 1989 existió un gran debate de contenido político sobre el particular. En concreto, la postura de Alemania y el Reino Unido consistía en mantener que los únicos criterios de valoración de las concentraciones eran los criterios de competencia. Por otro lado, una serie de Estados, con Francia a la cabeza, se mostraba partidaria de realizar un balance global, es decir, de admitir que los efectos anticompetitivos podrían ser compensados con beneficios de carácter económico. Tras esas diferentes posturas, y al margen de consideraciones de índole política, se ocultan diferentes posiciones acerca del alcance que debe darse al principio de la libre competencia: si es un valor absoluto, no pueden entrar en juego otras consideraciones a la hora de aprobar una concentración. Si, por otra parte, se considera ese principio como un principio relativo, es decir, que debe compatibilizarse con otros objetivos del Tratado, pueden aprobarse las concentraciones siempre que los efectos restrictivos que produzcan puedan ser compensados con otros beneficiosos⁷⁰.

⁶⁸ J. y J. M.^a JIMÉNEZ LAIGLESIA, «Controversias sobre el control», *Anuario de la Competencia 2003*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2004, pp. 244-245.

⁶⁹ Apartado 109 del Libro Verde de 2001.

⁷⁰ L. M.^a MIRANDA SERRANO, *op. cit.*, p. 346.

La fórmula finalmente aprobada en el Reglamento de 1989 es, en buena medida, una fórmula ecléctica, tal y como se recoge en el apartado 2.1. Para realizar la evaluación de las concentraciones la Comisión, en primer lugar, se debería tener en cuenta «la necesidad de preservar y de desarrollar una competencia efectiva en el mercado común» [art. 2.1.a)], y, en segundo lugar, otros elementos propios determinantes de la existencia de competencia tales como la posición en el mercado de las empresas participantes, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a fuentes de suministros, la existencia de barreras de acceso, añadiendo al final que también serían objeto de evaluación «los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como la evolución (en el Reglamento 139/2004 se ha sustituido la palabra “evolución” por “desarrollo”) del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia». Como puede observarse, la fórmula utilizada pretende contentar a las dos posiciones existentes en el momento de elaborarse el Reglamento, y recoge términos utilizados por el Tratado en su art. 81.3, tales como la mención al progreso técnico o económico, o la referencia a los consumidores, e incluso puede interpretarse que la fórmula utilizada en el inciso final (no constituir un obstáculo para la competencia) está inspirada en los requisitos exigidos en el art. 81.3. a) y b) del Tratado.

En cualquier caso, y aunque la práctica aplicada en las decisiones de la Comisión pudiera hacer pensar otra cosa, (no son muy frecuentes los supuestos en los que no se declara una operación de concentración contraria al mercado común por las eficiencias que genera⁷¹), en cualquiera de las actuaciones realizadas por las instituciones europeas, debe tenerse en cuenta el conjunto de los principios del Tratado. Es decir, por expresararlo de otra manera, que a la hora de enjuiciar las operaciones de concentración, la Comisión no deberá tomar el principio de la libre competencia como un valor absoluto, sino que habrá de ponerlo en relación con otros objetivos del Tratado. En este orden de cosas, se debe resaltar que en el considerando 13 del Reglamento 4064/1989 se especificaba que, al realizar la evaluación de las operaciones de concentración, la Comisión debería situar su apreciación en el marco general de los objetivos establecidos en el art. 2 del Tratado, incluido el de reforzar la cohesión económica y social de la Comunidad, y en términos muy similares se pronuncia el considerando 23 del Reglamento 139/2004. Es decir, que, aparte de la escueta mención a las eficiencias contenidas en el art. 2.1.b) del Reglamento, hay argumentos suficientes para considerar que ni en el propio Reglamento de concentraciones el principio de la libre competen-

⁷¹ Como ejemplo de estas reticencias de la Comisión a considerar las eficiencias como elemento compensador de las restricciones de competencias se suele señalar la Decisión de 2 de octubre de 2001 en el Asunto Aérospatiale/De Havilland, en la que se señala que, aunque la concentración contribuyera al progreso técnico, no redundaría en beneficio de los consumidores, dada la fuerte posición de la empresa resultante de la concentración.

cia debe ser concebido como un principio absoluto, lo que constituye un argumento a favor de la consideración de eficiencias que tiendan a hacer efectivos otros de los objetivos reconocidos en el Tratado.

En el Libro Verde de 2001, la Comisión volvió a abrir el debate sobre la conveniencia o no de ampliar la consideración de las eficiencias. Tras sopesar las ventajas e inconvenientes de las distintas posturas existentes al respecto, la Comisión optó por no ampliar la consideración de las eficiencias, que ya se encontraban presentes en la redacción del art. 2.1.b) del Reglamento. Tampoco en el Consejo hubo nuevas propuestas en tal sentido, y por ello el texto definitivamente aprobado no introduce más modificación en el indicado apartado que la sustitución del término «evolución», por el de «desarrollo»⁷².

En buena medida la cuestión relativa a las eficiencias está en relación con la cuestión relativa al test sustantivo. Es lógico que si se emplea el test de dominio existan reticencias a aceptar las eficiencias⁷³, pero sustituido ese test en el Reglamento, se puede pensar, en principio, que ese cambio deja un campo más abierto a la consideración de las eficiencias⁷⁴. Sin ir más lejos, no resulta extraño que las autoridades que utilizan el test SLC (o asimilados) acostumbren a tener en consideración las eficiencias que genera una concentración⁷⁵.

En cualquier caso, si tenemos en cuenta cual ha sido el iter legislativo del Reglamento 139/2004, cabría hacer una reflexión sobre la negativa de haber introducido un párrafo que permitiera en el futuro una más amplia consideración de las eficiencias. Introducido en el último momento el nuevo test, y partiendo del hecho de que su aplicación va a permitir considerar eficiencias de las concentraciones, lo cual era más difícil bajo el test de dominio, no se acierta a comprender la razón por la que no ha habido una regulación específica de las eficiencias en el propio Reglamento y no en una Comunicación, tal como hacían prever las reflexiones

⁷² El Director General de la Competencia de la Comisión Europea, P. LOWE («The substantive estándar for merger control and the treatment of efficiencies in merger analysis: an EU perspective», *op. cit.*, reemitió a una futura comunicación el desarrollo de la cuestión de las eficiencias. En consonancia con ese criterio, en las Directrices sobre evaluación de las operaciones horizontales (Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOUE*, C31, 5 de febrero de 2004) se admite que puedan tomarse en consideración las eficiencias. A tales efectos se les exigen tres condiciones acumulativas:

- Que beneficien a los consumidores.
- Que tengan un carácter inherente a la concentración.
- Que sean verificables

⁷³ J. BRIONES, J. FOLGUERA, A. FONT y E. NAVARRO, *El control de concentraciones en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, pp. 269-270.

⁷⁴ M. MONTI («Private litigation as a key...», *op. cit.*) considera que entre las consecuencias de la adopción de un nuevo test se encuentra que el sistema europeo se asemejará al americano «incluyendo la consideración de las eficiencias».

⁷⁵ N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», *Anuario de la Competencia 2002*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2003, pp. 81 ss.

del Libro Verde⁷⁶. Indudablemente el principio de seguridad jurídica habría salido ganando. Y también cabe presumir que el debate sobre la consideración de las eficiencias, lejos de quedar cerrado, va a estar muy presente en el futuro.

c) *Procedimiento tras la anulación de una decisión por los Tribunales*

El texto del Reglamento ha introducido una reforma que no estaba anunciada en el Libro Verde, pero que puede considerarse una necesaria adaptación a las circunstancias, y en concreto una consecuencia de la existencia de tres sentencias dictadas en el año 2002 por el Tribunal de Primera Instancia⁷⁷ que revocaban otras tantas decisiones de la Comisión que declaraban incompatibles con el mercado común tres concretas operaciones de concentración. Como consecuencia de esas sentencias se puso de manifiesto que era necesario aclarar qué actuación debe realizar la Comisión ante el supuesto de una sentencia que anule su decisión, aclarando la escueta regla que el Reglamento 4064/1989 preveía para tales supuestos⁷⁸. A tales efectos, el art. 10.5 del Reglamento establece el procedimiento que se debe seguir en tal supuesto de anulación de una decisión por los Tribunales. El nuevo precepto incluido en el art. 10.5 establece el principio según el cual la concentración volverá a ser examinada «a la luz de las condiciones vigentes en el mercado». En consecuencia, las partes presentarán una nueva notificación o completarán la inicial teniendo en cuenta las nuevas condiciones del mercado, y si éstas no hubieran cambiado, deberán notificar tal extremo. En realidad, con esta modificación, se introduce en el texto del Reglamento algo que constituía una práctica de la Comisión.

3. CONCLUSIONES

Como se ha indicado desde el principio, no se trataba de hacer una disección completa del nuevo Reglamento, sino simplemente de hacer unos comentarios críticos a algunos aspectos de la nueva regulación. Pero la crítica no puede hacernos olvidar que el Reglamento 139/2004 contiene indudables mejoras sobre el sistema de 1989, modificado en 1997. De

⁷⁶ P. LOWE señalaba («The substantive estándar for merger control...», *op. cit.*) que las reticencias existentes a la consideración de las eficiencias se debían al carácter relativamente nuevo del control de concentraciones en la UE, y al hecho de que, en los primeros momentos, no parecía conveniente mandar un mensaje al mercado de que se podían tener en cuenta consideraciones de política industrial, pero que, en la actualidad, el sistema ha adquirido un grado de madurez que puede permitir su consideración.

⁷⁷ Sentencias citadas en las notas 16, 17 y 18.

⁷⁸ El art. 10.5 del Reglamento 4064 simplemente preveía que si una sentencia anulaba una decisión, los plazos se aplicarían de nuevo desde la fecha en la que se hubiera dictado la sentencia.

ello no cabe duda, de la misma forma que no se puede negar que el Reglamento 4064/1989 contenía una regulación adecuada, y su contenido ha permitido una eficaz política de control de las concentraciones por parte de la Comisión Europea. De la misma forma que las reformas introducidas en el procedimiento, de las que no se ha hablado, contienen evidentes mejoras que redundarán en los derechos de defensa de quienes intervengan en el procedimiento. Pero, simplemente, eran deseables mayores pasos adelante, como se hacía prever tras la publicación del Libro Verde.

Y en este capítulo de conclusiones exclusivamente se deben recordar tres aspectos que han quedado desarrollados anteriormente. En primer lugar, un lamento porque se haya abandonado (mucho nos tememos que de forma ya definitiva) la regla 3+, que, con todos los inconvenientes, sigue pareciendo la fórmula más adecuada, o al menos la menos inadecuada, para determinar la dimensión comunitaria. Justo es reconocer que dentro del sistema de racionalización del sistema de remisiones se han introducido mejoras que, según parece, están empezando a dar resultado. Pero sería deseable que el Consejo abandonara sus reticencias a ampliar los poderes de la Comisión (y no sólo en este campo). Y también sería deseable que el sistema por el que se ha optado se traduzca en nuevos impulsos a favor de una mayor armonización de las normas nacionales que regulan el control de las concentraciones.

En segundo lugar, la pretendida prudencia en determinadas ocasiones termina convirtiéndose en tibieza. Un ejemplo de esta afirmación lo constituye el tratamiento de las eficiencias, o bien la definitiva redacción del test sustantivo. En el primer caso, si el sistema de control de concentraciones está maduro para una mayor consideración de las eficiencias, habrá que terminar preguntándose la razón por la que no se ha modificado el Reglamento, en lugar de remitir la cuestión a una simple Comunicación. Y, en el segundo caso, si el test de dominio ha demostrado sus limitaciones, igualmente habría que preguntarse si no habría sido mejor cambiar a una fórmula ya consagrada como la de «obstaculización sustancial de la competencia», en lugar de buscar fórmulas intermedias. Aun cuando se sea comprensivo con los delicados compromisos y equilibrios que son necesarios para obtener un texto que pueda ser aprobado.

Y finalmente un lamento por la falta de claridad de algunos de los textos aprobados. Es cierto que las normas comunitarias no constituyen un ejemplo de la claridad en los textos normativos, pero en algunos casos, como en el relativo a la actuación de la Comisión en el supuesto de que se incumplan las obligaciones y condiciones impuestas en una decisión, la complicación llega a extremos inconcebibles.

Tan sólo unas palabras para señalar las consecuencias que este Reglamento puede tener para la legislación española, que se consideran obligadas desde el mismo momento, en el que se aboga por una mayor armoni-

zación de las normativas nacionales con las comunitarias. Estamos ante un anunciado cambio de la legislación española de la competencia, cuyo primer paso ha sido la elaboración de un Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia que ha sido sometido a información pública. En este Libro Blanco se apuntan soluciones, en materia de concentraciones, que van orientadas fundamentalmente hacia el refuerzo de la independencia en la toma de decisiones, disminuyendo el papel del Gobierno en la resolución definitiva que se adopte, pero, en cuanto al resto de los apartados, el sistema actualmente vigente en España no difiere sustancialmente del que se contiene en el Reglamento 139/2004, tal vez con dos únicas excepciones que en estos momentos están sometidas a debate: la relativa al umbral relativo a la cuota de mercado y la más amplia consideración de las eficiencias que resulta de la aplicación de la legislación española.

Resumen

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo analiza el contenido del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, cuyo primer paso ha sido la elaboración de un Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia que ha sido sometido a información pública.

El hecho de que se ponga del sistema español de defensa de la competencia a la luz del Reglamento de la UE de la competencia es un hecho que merece ser analizado. Este artículo analiza el contenido del Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, cuyo primer paso ha sido la elaboración de un Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia que ha sido sometido a información pública. En este Libro Blanco se apuntan soluciones, en materia de concentraciones, que van orientadas fundamentalmente hacia el refuerzo de la independencia en la toma de decisiones, disminuyendo el papel del Gobierno en la resolución definitiva que se adopte, pero, en cuanto al resto de los apartados, el sistema actualmente vigente en España no difiere sustancialmente del que se contiene en el Reglamento 139/2004, tal vez con dos únicas excepciones que en estos momentos están sometidas a debate: la relativa al umbral relativo a la cuota de mercado y la más amplia consideración de las eficiencias que resulta de la aplicación de la legislación española.

1. Véase el Libro Blanco para la reforma del sistema español de defensa de la competencia, elaborado por el Ministerio de Economía y Hacienda, y publicado en el Boletín de Información Económica, 2004, 1, 1-10.

2. Véase el Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones de empresas.

